Das rechtlich relevante Wissen der juristischen Person des Privatrechts und seine Auswirkungen auf die aktienrechtliche Organhaftung

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

KURT SIEGER
von Zürich

genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. Emil Stark

1979
SCHULTHESS POLYGRAPHISCHER VERLAG AG
ZÜRICH

Das rechtlich relevante Wissen der juristischen Person des Privatrechts und seine Auswirkungen auf die aktienrechtliche Organhaftung

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

KURT SIEGER
von Zürich

genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. Emil Stark

1979
SCHULTHESS POLYGRAPHISCHER VERLAG AG
ZÜRICH

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 13. Dezember 1978

Der Dekan:

Prof. Dr. J. Rehberg

UNIV. LEIDEN BIBL.

Druck: Juris Druck Zürich
© Copyright 1979 by Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich
ISBN 3 7255 1975 7

Meinen lieben Eltern

Zu der vorliegenden Dissertation bin ich von Herrn Dr. Heinz Reichwein, Rechtsanwalt in Zürich, angeregt worden. Für seine zahlreichen Ratschläge möchte ich ihm herzlich danken. Ebenfalls danke ich Herrn Prof. E.W. Stark für seine wohlwollende Unterstützung der Arbeit und für die Freiheit, die er mir bei der Bearbeitung des Themas gelassen hat.

Inhaltsübersicht

Inhaltsübersicht V
Inhaltsverzeichnis VII
Literaturverzeichnis XI
Abkürzungsverzeichnis XVIII

Einleitung und Problemübersicht 1

1. Teil Grundlagen 3

§ 1 Der Begriff der Wissensvertretung 3
§ 2 Das rechtlich relevante Wissen 8
§ 3 Das Wissen im schweizerischen Recht 15
§ 4 Die Theorien über das Wesen der juristischen Person und deren Auswirkungen auf das rechtserhebliche Wissen von Personenverbänden 27
§ 5 Das Wesen der juristischen Person nach schweizerischem und deutschem Recht 31

2. Teil Die verschiedenen Lehrmeinungen 38

§ 6 Die Lehrmeinungen bezüglich Organträger 38
§ 7 Die Lehrmeinungen bezüglich Stellvertreter und anderer Hilfspersonen 45

3. Teil Lösungsversuch 51

§ 8 Grundlagen 51
§ 9 Allgemeiner Lösungsweg 76

4. Teil 126

§ 10 Die Bedeutung des Wissens von Organmitgliedern im Rahmen der schuldrechtlichen Haftungsbestimmungen (Art. 41 OR) 126
§ 11 Die Bedeutung des Wissens der Gründer und Organmitglieder im Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsbestimmungen (Art. 753 ff. OR) 128

Inhaltsverzeichnis

Einleitung und Problemübersicht 1

1. Teil Grundlagen 3

§ 1 Der Begriff der Wissensvertretung 3
I. Im Allgemeinen 3
II. Bei der juristischen Person 7

§ 2 Das rechtlich relevante Wissen 8
I. Das Wissen im System der juristischen Tatsachen 8
A. Die menschlichen Handlungen 8
1. Willenserklärungen 9
2. Rechtshandlungen i.e.S. 9
a) Geschäftsähnliche Handlungen 10
b) Realakte 10
B. Das bloss seelische Verhalten 11
II. Das rechtlich relevante Wissen 12
A. Als Tatbestandsstück 12
B. Als gesamter Tatbestand 13
III. Wissenmüssen 13

§ 3 Das Wissen im schweizerischen Recht 15
I. Guter Glaube Art. 3 ZGB 15
II. Irrtum Art. 23 ff. OR 17
III. Absichtliche Täuschung Art. 28 OR 18
IV. Übervorteilung Art. 21 OR 19
V. Unerlaubte Handlung Art. 41 ff. OR 20
VI. Kenntnis einer Tatsache als Beginn einer Frist 21
VII. Gewährleistung 22
VIII. Die Bedeutung der amtlichen Veröffentlichungen und Register 23

§ 4 Die Theorien über das Wesen der juristischen Person und deren Auswirkungen auf das rechtserhebliche Wissen von Personenverbänden 27
I. Die Fiktiontheorie 27
II. Die Organtheorie 29

§ 5 Das Wesen der juristischen Person nach schweizerischem und deutschem Recht 31
I. Im schweizerischen Recht 31
A. Nach der Literatur 31
B. Nach der Rechtsprechung 32
II. Im deutschen Recht 34
A. Nach der Literatur 34
B. Nach der Rechtsprechung 36
III. Zusammenfassung 37

2. Teil Die verschiedenen Lehrmeinungen 38

§ 6 Die Lehrmeinungen bezüglich Organträger 38
I. Die Theorie der absoluten Wissensvertretung 38
A. In der deutschen Literatur und Rechtsprechung 39
B. In der schweizerischen Literatur und Rechtsprechung 40
II. Die von allgemeinen Vertretungsgrundsätzen ausgehende Theorie ("Vertreterstheorie") 42
A. In der deutschen Literatur und Rechtsprechung 42
B. In der schweizerischen Literatur und Rechtsprechung 43

§ 7 Die Lehrmeinungen bezüglich Stellvertreter und anderer Hilfspersonen 45
I. Bei rechtsgeschäftlichen Stellvertretern 45
A. Bei einem einzelnen Vertreter
B. Bei mehreren Vertretern 48
II. Bei Personen, die nur mit tatsächlicher Machtbefungnis ausgestattet sind. 49

3. Teil Lösungsversuch 51

§ 8 Grundlagen 51
I. Die Fähigkeit der juristischen Person, Kenntnis zu haben 51
A. Die Rechtsfähigkeit der juristischen Person 51
B. Die Handlungsfähigkeit der juristischen Person 53
C. Die Wissensfähigkeit der juristischen Person 55
II. Der Kreis der für das Wissen einer juristischen Person relevanten Personen 58
III. Die Bedeutung des privaten Wissens der Organmitglieder 62

IV. Die Bedeutung von Teilwissen 65
V. Die für die Kenntnis massgebende Zeit 67
A. Das Wissen bei der Gründung der juristischen Person 67
B. Das Wissen beim Ein- und Austritt von Organmitgliedern 68
C. Das Wissen bei der Auflösung der juristischen Person 70
1. Bei Auflösung mit Liquidation 71
a) Ausserhalb des Konkurses 71
b) Im Konkurs 72
2. Bei Auflösung ohne Liquidation 73

§ 9 Allgemeiner Lösungsweg 76
I. Die Erheblichkeit des Wissen der Organmitglieder 76
A. Das Wissen des am konkreten Rechtsakt beteiligten einzelzeichnungsberechtigten Organmitgliedes 77
1. Bei einem einzigen Organvertreter 77
2. Bei mehreren Organvertretern 78
B. Das Wissen des am konkreten Rechtsakt beteiligten kollektivzeichnungsberechtigten Organmitgliedes 81
C. Das Wissen des lediglich zustimmenden oder genehmigenden Kollektivvertreters 85
D. Das Wissen des am Rechtsakt (auch) als Gegenkontrahent beteiligten Organmitgliedes 89
E. Das Wissen des am konkreten Geschäftsabschluss nicht beteiligten Organmitgliedes 95
1. Die Kenntnis eines das Rechtsgeschäft nur vorbereitenden Organmitgliedes 99
a) Als Einzelner 99
b) Als Mitglied eines Gremiums 100
2. Die Kenntnis eines nur vom Rechtsgeschäftsabschluss wissenden Organmitgliedes 101
3. Die Kenntnis eines in keiner Weise am Rechtsgeschäft beteiligten Organmitgliedes (weder willentlich noch wissentlich) 102
II. Die Erheblichkeit des Wissen von Nichtorganen. 104
A. Bei rechtsgeschäftlicher Stellvertretung 104
1. Die Bedeutung der Kenntnis der Stellvertreter 105
2. Die Bedeutung der Willensmängel der Stellvertreter 111

B. Bei Hilfskräften ohne rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht 112
1. Im Rahmen von Rechtsgeschäften 112
2. Im Rahmen von Tathandlungen 115
a) Verantwortlichkeit des Besitzers Art. 938/40 ZGB, § 990 BGB 117
b) Der gutgläubige Eigentumserwerb Art. 933 ZGB, § 932 BGB 119
3. Bei sog. reinen Wissenstatbeständen 123
III. Zusammenfassung 125

4. Teil 126

§ 10 Die Bedeutung des Wissens von Organmitgliedern im Rahmen der schuldrechtlichen Haftungsbestimmungen (Art. 41 OR) 126

§ 11 Die Bedeutung des Wissens der Gründer und Organmitglieder im Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsbestimmungen (Art. 753 ff. OR) 128
I. Die Verantwortlichkeit des wissenden Gründers bzw. Organmitgliedes 129
1. Widerrechtlichkeit 129
2. Kausalzusammenhang 130
3. Verschulden 131
II. Drittverschulden der weiteren Organmitglieder? 133
III. Selbstverschulden der Gesellschaft? 134
IV. "volenti non fit iniuria" der Gesellschaft? 138
1. Im Rahmen von Art. 754 OR 138
2. Im Rahmen von Art. 753 OR 139
V. Der Beginn der Verjährungsfrist (Art. 760 OR), wenn die Gesellschaft Geschädigte ist. 142

Literaturverzeichnis

Bachmann Hans, Der Irrtum nach Art. 23 ff. des schweizerischen Obligationenrechts, Diss. Bern 1928.

Bader Hans, Ein Beitrag zur Frage des guten Glaubens bei juristischen Personen, in SJZ 17 (1920/21) 244 f.

Bär Rolf, Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft. Probleme bei einer Mehrheit von verantwortlichen Personen, in ZBJV 106 (1970) 45 ff.

Baumann Horst, Die Kenntnis juristischer Personen des Privatrechts von rechtserheblichen Umständen, in Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, 2. Jahrgang 1973, S. 284 ff.

Becker Hermann, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen (Art. 1-183) 2. Aufl., Bern 1941.

– Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse (Art. 184-551), Bern 1934.

Bilge Necib, La capacité civile des personnes morales en droit civil suisse, Diss. Genève 1941.

Bircher Eugen, Gutgläubiger Erwerb des Forderungspfandrechtes, Diss. Bern 1946.

Bovey H., Etude sur la responsabilité civile des personnes morales à raison des faits illicites de leurs organes, Diss. Lausanne 1911.

Bruck-Möller, Kommentar zum Versicherungsvertretungsgesetz, 1. Bd. (§ 1-48 und Versicherungsvermittlerrecht) 8. Auflage, Berlin 1961.

Bucher Eugen, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Personenrecht, 2. Abteilung, Die natürlichen Personen, 1. Teilband (Art. 11-26), 3. Aufl., Bern 1976.

Burckhardt Walter, Einführung in die Rechtswissenschaft, Zürich 1939 (zit. Einführung).

– Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 2. Aufl., Zürich 1944 (zit. Organisation).

Bürgi Wolfhart F., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Bd.: Das Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, 1.-13. Lieferung (Art. 660-754), Zürich 1947-1976.

Caflisch Silvio, Die Bedeutung und die Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Recht der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1961.

Deschenaux Henri, Schweizerisches Privatrecht, Bd. II, Einleitung und Personenrecht, Der Einleitungstitel, Basel 1967, S. 1 ff.

Egger August, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, I. Bd.: Einleitung und Personenrecht, 2. Aufl., Zürich 1930.

Eltzbacher Paul, Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichem Recht, Berlin 1903.
Engel Pierre, Traité des obligations en droit Suisse, Neuchâtel 1973.
Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1. und 2. Halbband, 15. Aufl., Tübingen 1960.
Feger Werner, Der gutgläubige Eigentumserwerb an Fahrnis im Zivil- und Vollmachtenrecht, Diss. Basel 1947 (Maschinenschrift).
Flume Werner, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 2. Bd., Das Rechtsgeschäft, 2. Aufl. 1975.
Fritzsche Hans, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, 2. Halbband, 2. Aufl., Zürich 1968.
Funk Fritz, Kommentar des Obligationenrechts, 2. Band, Aarau 1951.
Gautschi Georg, Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Bd. VI: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 6. Teilband, (Art. 425-491), 2. Aufl., Bern 1962.
Gessler/Hefermehl/Eckhardt/Kropff, Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. II, (§ 76-147) München 1974.
Gierke Otto v., Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887 (zit. Genossenschaftstheorie).
– Deutsches Privatrecht, 1. Bd., Allgemeiner Teil und Personenrecht, Leipzig 1895 (zit. Privatrecht I).
– Das Wesen der menschlichen Verbände, Leipzig 1902.
Giger Hans, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse (Art. 184-252), Bern 1973 ff.
Godin/Wilhelmi, Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. I, 4. Auflage., Berlin und New York 1971.
Grossen Jacques-Michel, in La personnalité morale et ses limites, Etudes de droit comparé et de droit international public, Paris 1960.
Grosskommentar Aktiengesetz, Bd. I, 3. Auflage, Berlin und New York 1973 (zit. z.B. Meyer-Landrut in Grosskomm. AktG).
Grosskommentar Handelsgesetzbuch, Bd. II, 3. Auflage, Berlin und New York 1973 (zit. z.B. Fischer in Grosskomm. HGB).
Guhl/Merz/Kummer, Das schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 6. Aufl., Zürich 1972.
Haab/Simonius/Scherrer, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Bd.: Das Sachenrecht (Art. 641-725), 2. Aufl., Zürich 1929-1977.
Hachenburg, Grosskommentar zum GmbH-Gesetz, 6. Aufl. 1959, (zit. Schilling in Hachenburg).
Haff Karl, Institutionen der Persönlichkeitslehre und des Körperschaftsrechts, Zürich 1918.
Hafter Ernst, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. I:

Personenrecht, Bern 1919.
Heberlein Robert, Die Kompetenzausscheidung bei der Aktiengesellschaft in Liquidation unter Mitberücksichtigung der Kollektivgesellschaft nach Schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1969.
Hegetschweiler Otto, Der Schutz des guten Glaubens nach dem ZGB, Diss. Zürich 1912.
Hirsch Alain, La responsabilité des administrateurs dans la société anonyme, in Sem.jud. 89 (1967) 249 ff.
Hoche Ulrich, Besitzerwerb und Besitzverlust durch Besitzdiener, in JuS 1961 73 ff.
Homberger A., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV: Das Sachenrecht, 3. Abteilung, Besitz und Grundbuch (Art. 919-977), 2. Aufl., Zürich 1938.
Hotz Charles-Antoine, La responsabilité civile des fondateurs de la société anonyme, Diss. Neuchâtel 1945.
Huber Eugen, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, 2 Bde., 2. Aufl., Bern 1914 (zit. Huber Erl.).
Jäggi Peter, Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Zivilgesetzbuch, Bd. I: Einleitung und Personenrecht, Einleitung (Art. 1-10), Bern 1962, Art. 3.
Jenny Franz, Der öffentliche Glaube des Grundbuchs nach dem Schweizerischen ZGB, Diss. Freiburg 1926.
Keller Max, Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Die allgemeinen Bestimmungen, Bern 1968.
Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Köln 1970 ff.
Künzli Florian, Die Vertretungsverhältnisse bei der Kollektivgesellschaft, Diss. Zürich 1971.
Küry Annelies, Die Universalsukzession bei der Fusion von Aktiengesellschaften, Diss. Basel 1962.
Larenz Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, 2 Bde., 11. Aufl., München 1976/77 (zit. Larenz Schuldrecht).
– Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 4. Aufl., München 1977 (zit. Larenz AT).
Leemann Hans, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV: Sachenrecht 1. Abteilung (Art. 641-729), 2. Aufl., Bern 1920.
Lehmann/Hübner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 15. Aufl., Berlin 1966.
Lichti Jean-Pierre, Der Rechtsirrtum, besonders im Schweizerischen OR, Diss. Zürich 1950.
Manigk Alfred, Willenserklärung und Willensgeschäft, Berlin 1907 (Neudruck 1970) (zit. Manigk, Willenserklärung).
– Das rechtswirksame Verhalten, Berlin 1939 (zit. Manigk, Verhalten).

Maurer Hans, Das Persönlichkeitsrecht der juristischen Person bei Konzern und Kartell, Diss. Zürich 1953.

Meier-Hayoz Arthur, Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss, Diss. Zürich 1948 (zit. Vertrauensprinzip).

– Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Zivilgesetzbuch, Bd. I: Einleitung und Personenrecht, Einleitung (Art. 1-10), Bern 1962, Art. 1 und 4.

Meier-Hayoz/Forstmoser, Grundriss des Schweizerischen Gesellschaftsrechts, Bern 1974.

Meier-Wehrli, Die Verantwortlichkeit der Verwaltung einer Aktiengesellschaft bzw. einer Bank gemäss Art. 754 ff. OR/41 ff. BkG.

Merz Hans, Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Zivilgesetzbuch, Bd. I: Einleitung und Personenrecht, Einleitung (Art. 1-10), Bern 1962, Art. 2.

Möller Hans, Wissenszurechnung und Wissenserklärungsvertretung im Versicherungsvertragsrecht, in Wirtschaft und Recht der Versicherung, Berlin 1938, S. 5 ff.

Müller-Freienfels Wolfram, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, Tübingen 1955.

– Zur Lehre vom sogenannten "Durchgriff" bei juristischen Personen im Privatrecht, AcP 156 522 ff.

Örtmann Paul, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Berlin 1927.

Oftinger Karl, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 1. Bd.: Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Zürich 1975.

– Schweizerisches Haftpflichtrecht, 2. Bd.: Besonderer Teil 1. Hälfte, 2. Aufl., Zürich 1960.

– Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Bd.: Das Sachenrecht, Das Fahrnispfand (Art. 884-918), 2. Aufl., Zürich 1952.

Oldenbourg Hans, Die Wissenszurechnung, Mannheim/Berlin/Leipzig 1934.

Oser/Schönenberger, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Bd.: Das Obligationenrecht, Erster Halbband: Art. 1-183, Zweiter Halbband: Art. 184-418, je 2. Aufl., Zürich 1929 und 1936.

– Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V.: Das Obligationenrecht, 3. Teil (Art. 419-529), 2. Aufl., Zürich 1945.

Ostertag Fritz, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV: Sachenrecht, 3. Abteilung (Art. 919-977), 2. Aufl., Bern 1917.

Patry Robert, La notion de la bonne foi subjective, in ZBJV 91 (1955) 409 ff.

Pfister Hans Rudolf, Der Schutz des öffentlichen Glaubens im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1969.

Piotet Paul, La bonne foi et sa protection en droit privé suisse, in SJZ 64 (1968) 81 ff., 100 ff.

Portmann Peter, Organ und Hilfsperson im Haftpflichtrecht, Bern 1958.
Rabe Dieter, Die Behandlung der Bösgläubigkeit des Besitzdieners beim Besitzerwerb in § 990 BGB, Diss. Hamburg 1970.
Raiser Ludwig, Anmerkung zu BGH JZ 1961 26 f.
vom Rath Dieter, Schwierigkeiten bei der Ausübung der Gesamtvertretung beim Vorstand der Aktiengesellschaft, Diss. Köln 1965.
Reichel Hans, Gutgläubigkeit beim Fahrniserwerb, Separatdruck aus Grünhut's Zeitschrift, Bd. 42 173 ff., Wien 1915.
– Ungerechtfertigte Bereicherung bei vollmachtlosem Vertragsschluss, in SJZ 16 (1919/20) 37 ff.
– "Nachwort" (zum Beitrag Baders SJZ 17 (1920/21) 244 ff.) SJZ 17 246 f.
– Schlechtgläubigkeit der Aktiengesellschaft zufolge Schlechtgläubigkeit eines Vereinsorgans, in Hanseatische Rechts-Zeitschrift 4 (1921) 78 f.
Reichwein Heinz, Über die Solidarhaftung der Verwaltungsräte der Aktiengesellschaft und ihre Beschränkung, in SJZ 64 (1968) 129 ff.
– Wie weit ist der Aktiengesellschaft und anderen juristischen Personen das Wissen ihrer Organe zuzurechnen (sog. Wissensvertretung)?, in SJZ 66 (1970) 1 ff.
Reinhardt Rudolf, Die Haftung der Bank bei Hereinnahme von Inhaberschecks vom Nichtberechtigten, in Gedächtnisschrift für Rudolf Schmidt, 1966, S. 115 ff.
RGRK-BGB, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 11. Aufl., Berlin 1959.
Richardi Reinhard, Die Wissensvertretung, in AcP 169 (1969) 385 ff.
Rittner Fritz, Die werdende juristische Person, Untersuchungen zum Gesellschafts- und Unternehmensrecht, Tübingen 1973.
Roelli Hans, Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Die allgemeinen Bestimmungen, Bern 1914.
Rossel et Mentha, Manuel du droit civile Suisse, 2ème edit., Lausanne 1922.
Savigny Friedrich Carl v., System des heutigen Römischen Rechts, Bde. I-VIII, Berlin 1840-1849.
Schlegelberger/Quassowski, Kommentar zum Aktiengesetz, Berlin 1937.
Schönenberger/Jäggi, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Bd.: Das Obligationenrecht, (Art. 1-17) Zürich 1973.
Schmid Wieland, Zum Begriff des guten Glaubens im Schweizerischen Recht, in SJZ 63 (1967) 305 ff.
Schucany Emil, Kommentar zum Schweizerischen Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1960.
Schultz Karl, Zur Frage des guten Glaubens bei juristischen Personen in SJZ 17 (1920/21) 119 f.
Schwoerer Julius, Die Ausübung der Gesamtvertretung, Diss. Heidelberg 1931.
Siegwart Alfred, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. V. Bd.:

Obligationenrecht, 4. Teil: Die Personengesellschaften (Art. 530-619), Zürich 1938.
– Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch V. Band: Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft (Art. 620-659), Zürich 1945.

Soergel/..., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 10. Aufl., Stuttgart 1968.

Springer Jakob, Die Kollektivvertretung auf Grund des Schweizerischen Bundeszivilrechts, Diss. Zürich 1926.

Stark Emil, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Der Besitz, Bern 1976.

Staudinger/..., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Aufl., Berlin 1957.

v. Steiger Fritz, Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz, 4. Aufl., Zürich 1970.
– Der Entlastungsbeschluss der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, in SAG 15 (1942/43) 1 ff.
– Entlastungsbeschluss, wenn alle Aktionäre Verwaltungsräte sind?, in SAG 14 (1941/42) 168 ff.

v. Steiger Werner, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Bd.: Obligationenrecht, 5. Teil c: Art. 772-827, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Zürich 1965.

Steinbrüchel Rico, Organ und Hilfsperson, Diss. Zürich 1947.

Stoffel Leo, Die Zurechnung des guten oder bösen Glaubens nach schweizerischem Privatrecht, Diss. Freiburg 1963.

v. Tuhr Andreas, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I 1910, Bd. II 1. Hälfte 1914, Bd. II 2. Hälfte 1918.

v. Tuhr/Siegwart, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 1. Halbband, 2. Aufl., Zürich 1942.

v. Tuhr/Peter, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 1. Halbband, 1. Lieferung, 3. Aufl., Zürich 1974.

Tuor/Schnyder, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 9. Aufl. 1975.

v. Waldkirch Beatrice, Die Handlungsfähigkeit der AG nach Schweizerischem Recht, Diss. Bern 1953.

Weiss Gottfried, Das Verhältnis der sachenrechtlichen Bestimmungen über den Schutz des gutgläubigen Erwerbers zur Entwehrung und Mängelhaftung beim Wertpapierverkauf, in Festschrift zum 70. Geburtstag von Theo Guhl, Zürich 1950, S. 141-164.

Westermann Harry, Sachenrecht, 5. Aufl., Karlsruhe 1973.
– Korreferat (zum Aufsatz von Hoche, JuS 1961 71) JuS 1961 79 ff.

Wieland Carl, Handelsrecht, 2 Bde., München 1921-1931.

Wildi Eugen, Die Gründerverantwortlichkeit nach schweizerischem Aktiengesellschaftsrecht, Diss. Bern 1909.

Will Wilhelm, Der gutgläubige Erwerb juristischer Personen, Diss. Giessen

1930.
Wolff/Raiser, Sachenrecht, 10. Aufl., Tübingen 1957.
Zellweger Hans Jakob, Haftungsbeschränkung und Solidarhaftung im Verantwortlichkeitsrecht der AG, Diss. Bern 1972.
Zitelmann Ernst, Irrtum und Rechtsgeschäft, Leipzig 1879.
Weitere Literaturhinweise in den Anmerkungen.

a.A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis, zit.: AcP Band Seite
a.E.	am Ende
AG	Aktiengesellschaft
AktG	(Deutsches) Aktiengesetz vom 6. September 1965
altOR	Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 30. März 1911 vor der Revision vom 18. Dezember 1936
a.M.	anderer Meinung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BB	Betriebs-Berater, zit.: BB Jahr Seite Band
betr.	betreffend
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes, Amtliche Sammlung (Lausanne), zit.: BGE Band Abteilung Seite
BGer	Bundesgericht
BGB	Bürgerliche Besetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des BGH in Zivilsachen, zit.: BGHZ Band Seite
BkG	Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934
BlSchK	Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs, zit.: BlSchK Band Seite
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselbe
d.h.	das heisst
d.i.	das ist
Diss.	Dissertation
dVVG	Deutsches Gesetz über den Versicherungsvertrag vom 30. Mai 1908
Einl.	Einleitung
Erw.	Erwägung
f. (ff.)	und nächstfolgende Seite(n) bzw. nächstfolgende(r) Artikel

gl.M.	gleicher Meinung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GV	Generalversammlung
h.A.	herrschende Ansicht
HG	Handelsgericht
HGB	Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897
h.M.	herrschende Meinung
HRV	Handelsregisterverordnung (Verordnung über das Handelsregister vom 7. Juni 1937/ 3. Dezember 1954)
i.e.	id est = das ist, das heisst
i.S.	im Sinne
i.e.S.	im engeren Sinne
i.w.S.	im weiteren Sinne
JdT	Journal des Tribunaux, zit.: JdT Jahr Seite
Jherings Jb	Jherings Jahrbücher der Dogmatik des bürgerlichen Rechts, zit.: Jherings Jb Band Seite
JR	Juristische Rundschau, zit.: JR Jahr Seite
JW	Juristische Wochenschrift, zit.: JW Jahr Seite
JZ	(Deutsche) Juristenzeitung, zit.: JZ Jahr Seite
JuS	Juristische Schulung, zit.: JuS Jahr Seite
Köl. Komm.	Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, herausgegeben von W. Zöllner 1970 ff.
m.a.W.	mit anderen Worten
m.E.	meines Erachtens
N.	Note
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, zit.: NJW Jahr Seite
Nr.	Nummer
OG	Obergericht
OR	revidiertes Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 30. März 1911/ 18. Dezember 1936
Pra.	Die Praxis des schweizerischen Bundesgerichts, zit.: Pra. Band (Jahr) Seite (nur zitiert, wenn Originaltext nicht in deutsch)
Prot. Expkom.	Protokoll der Expertenkommission für das ZGB
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheide des Reichsgerichts in Zivil-

	sachen, zit.: RGZ Band Seite
RGRK-BGB	Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 11. Aufl.
S.	Seite
SAG	Die schweizerische Aktiengesellschaft, zit.: SAG Band (Jahr) Seite
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1888/ 28. September 1949
schweiz.	schweizerisch
Sem. jud.	La Semaine Judiciaire, zit.: Sem. jud. Band (Jahr) Seite
Seuff. Arch.	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte, zit.: Seuff. Arch. Jahr Nummer Seite
SHAB	Schweizerisches Handelsamtsblatt
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung, zit.: SJZ Band (Jahr) Seite
sog.	sogenannt
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 / 5. Oktober 1950
SVA	Entscheidungen schweizerischer Gerichte in privaten Versicherungsstreitigkeiten, zit.: SVA Band Nummer Seite
u.a.	unter anderem
u.U.	unter Umständen
v.a.	vor allem
vgl.	vergleiche
Vor.	Vorbemerkung (zu Art.), vor (Art.)
VVG	Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908
WM	Wertpapier-Mitteilungen, zit.: WM Jahr Seite
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, zit.: ZBJV Band (Jahr) Seite
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, zit.: ZHR Band Seite
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert

ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung, zit.: ZR Band (Jahr) Nummer Seite
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht, zit.: ZSR Band (Jahr) Seite
z.T.	zum Teil

Einleitung und Problemübersicht

Das Privatrecht enthält zahlreiche Normen, nach denen der Eintritt einer rechtlichen Wirkung davon abhängt, ob jemend gewisse Umstände kennt bzw. kennen müsste. Im "Normalfall", wenn eine einzelne natürliche Person an einem sog. Wissenstatbestand beteiligt ist, stellen sich – abgesehen von etwelchen Beweisfragen[1] – keine speziellen Probleme: Die Kenntnis bzw. Unkenntnis von einer Tatsache zeitigt für den Betreffenden diese oder jene vom Gesetz vorgesehene Rechtsfolge. Sind dagegen an einem solchen Wissenstatbestand neben einer natürlichen Person noch eine oder mehrere Hilfspersonen beteiligt, so stellt sich die Frage, wessen Kenntnis in concreto relevant sei, unter welcher Voraussetzung sich der Prinzipal den Kenntnisstand von Hilfskräften anrechnen lassen müsse.

Bei der Frage nach der Kenntnis der juristischen Personen des Privatrechtes steht ohne Zweifel der Kenntnisstand der Organe im Vordergrund. In Literatur und Rechtssprechung stösst man in diesem Zusammenhang immer wieder auf den lapidaren Satz: "Das Wissen der Organmitglieder ist das Wissen der juristischen Person"[2].

Mit dieser schlagwortartigen Formulierung ist vor allem die Vorstellung verbunden, dass das Wissen jedes einzelnen Organmitgliedes Wissen der juristischen Person sei. Dies führt letztlich zu einem modifikationslosen Zusammenrechnen des Teilwissens mehrerer Organmitglieder, d.h. dass jedes bei irgendeinem Organmitglied vorhandene Wissen der juristischen Person angerechnet wird[3].

Für das schweizerische Recht vertrat zum ersten Mal Reichel[4] diese sog. Theorie der absoluten Wissensvertretung[5], die z.T. kritiklos von Literatur und Judikatur übernommen wurde. So äusserte sich z.B. das Bundesgericht, mit Hinweis auf Reichel, im Jahre 1932 wie folgt[6]: "Eine juristische Person ist bösgläubig, wenn auch nur eines ihrer vertretungsberechtigten Organmitglieder bösgläubig ist. Auch kommt nichts darauf an, ob dieses Organmitglied bei dem konkreten Akt, für den diese Gutgläubigkeit eine Rolle spielt, positiv mitgewirkt habe oder nicht."

1 Auf die Problematik der Beweisführung bei Wissenstatbeständen wird in der vorliegenden Arbeit nicht eingetreten.

2 Einzelne Autoren lassen es sogar bei der Behandlung des rechtlich relevanten Wissens der juristischen Person bei dieser kurzen Feststellung bewenden!

3 Daneben kommt mit dem erwähnten Grundsatz auch zum Ausdruck, dass der Kenntnisstand der Organmitglieder nicht nur im Zusammenhang mit der Vornahme von Rechtsgeschäften zu berücksichtigen sei, sondern jedesmal, wenn Wissen überhaupt relevant sein kann, so z.B. auch bei Tathandlungen.

4 Reichel 201 f.

5 Ausdruck von Reichwein SJZ 66 1 ff.

6 BGer in ZR 31 Nr. 136.

Dieselbe Auffassung vertritt das deutsche Reichsgericht im Jahre 1935[7]: "Eine juristische Person kann sich auf den öffentlichen Glauben des Grundbuches nicht berufen, wenn ein gesetzlicher Vertreter bösgläubig im Sinne von § 892 BGB war. Darauf, ob das einzelne Organmitglied bei dem gerade in Betracht kommenden Geschäft als Vertreter mitgewirkt hat, kommt es nicht an. Denn die juristische Person kann die durch ihren Organteil vorhandene Kenntnis nicht bei einem Einzelgeschäft nach Belieben oder Zufall abstreifen."

Die logischkonsequente Anwendung des erwähnten Grundsatzes, dass das Wissen des Organmitglieds das Wissen der juristischen Person sei, kann in Anlehnung an eine stark vertretene Lehrmeinung in Deutschland und in der Schweiz in folgenden Thesen zusammengefasst werden[8]:

a) Die Kenntnis auch nur eines Mitgliedes des in der Angelegenheit vertretungsberechtigten Organs ist Kenntnis der juristischen Person.
b) Es ist ohne Bedeutung, ob das Organmitglied seine Kenntnis in dieser seiner Eigenschaft erlangt hat oder nicht.
c) Es ist gleichgültig, ob das betreffende Organmitglied an dem fraglichen Rechtsakt mitgewirkt oder auch nur Kenntnis von dessen Vornahme gehabt hat.
d) Es kommt nicht darauf an, ob das Organmitglied lediglich als Gegenkontrahent gegenüber seiner juristischen Person auftritt; auch in diesem Falle ist sein Wissen das Wissen der juristischen Person.
e) Hat eine juristische Person einmal von einem Sachverhalt Kenntnis erlangt, so bleibt sie wissend, auch wenn das wissende Organmitglied ausgeschieden ist, neue Organmitglieder bestellt worden sind und diese für die juristische Person gehandelt haben, ohne ihrerseits von jenem Sachverhalt erfahren zu haben.

Die Hauptaufgabe der vorliegenden Arbeit liegt in der kritischen Auseinandersetzung mit der Theorie der absoluten Wissensvertretung. Es geht vor allem darum abzuklären, ob diese Theorie unbeschränkte generelle Gültigkeit hat, ob m.a.W. jedes bei irgendeinem Organmitglied irgendwie vorhandene oder vorhanden gewesene Wissen oder Wissenmüssen der Körperschaft immer angelastet werden muss.

Im übrigen wird der Frage nachgegangen, wieweit die Kenntnis von Nichtorganen der juristischen Person zugerechnet wird.

Im abschliessenden 4. Teil wird noch die Bedeutung des Wissens von Organmitgliedern im Rahmen der schuldrechtlichen Haftungsbestimmungen (Art. 41 ff. OR) und der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsbestimmungen (Art. 753 ff.OR) erörtert.

7 RG in JW 1935 2044.
8 Siehe dazu auch Baumann 285.

1. Teil: Grundlagen

§ 1 Der Begriff der Wissensvertretung

I. Im Allgemeinen

Der Begriff des Wissensvertreters ist ursprünglich in der deutschen Rechtsprechung und Lehre zum Versicherungsvertragsrecht entwickelt worden[1]. Der Versicherungsnehmer wird in verschiedenen Fällen mit einer Anzeige- oder Auskunftspflicht (Obliegenheit) belastet, d.h. er hat gewisse im Zusammenhang mit dem Versicherungsvertrag rechtserhebliche Kenntnisse dem Versicherer zu übermitteln. So muss er zum Beispiel beim Abschluss des Vertrages alle für die Beurteilung der Gefahr erheblichen Tatsachen angeben (§ 16 dVVG; Art. 4 VVG), und er hat während der Vertragsdauer die Pflicht, alle Gefahrserhöhungen (§ 23 Abs. 2, 27 Abs. 2 dVVG; Art. 28, 30 VVG) oder den Eintritt des Versicherungsfalles (§ 33 Art. 1 dVVG; Art. 38 VVG) unverzüglich mitzuteilen[2].

Die Kenntnis des Versicherungsnehmers spielt somit im Versicherungsvertragsrecht eine wesentliche Rolle.

Tatbestandliche Voraussetzung einer Anzeigeobliegenheit ist natürlich, dass der Versicherungsnehmer die rechtserhebliche Tatsache kennt, denn solange das Wissen beim Versicherungsnehmer nicht vorliegt, kann grundsätzlich eine an sein Wissen geknüpfte Rechtsfolge nicht eintreten[3]. Hier taucht nun die Frage der Wissenszurechnung auf, ob ein Versicherungsnehmer als wissend gelten kann, wenn zwar nicht er, sondern ein Dritter die fragliche Kenntnis besitzt. Kann sich zum Beispiel ein Versicherungsnehmer, welcher sein Landgut gegen Feuer versichert hat, auf seine Unkenntnis berufen, wenn während seiner längeren Abwesenheit sein Pächter ohne Anzeige eine Gefahrserhöhung herbeigeführt hat, oder muss sich der Gutsbesitzer das Wissen des Pächters anrechnen lassen?[4] Weder das dVVG noch eine andere gesetzliche Bestimmung bringt für das deutsche Recht eine Beantwortung dieser Frage. Losgelöst von allen gesetzlichen Regelungen hat das Reichsgericht die Wissenszurechnung allgemein anerkannt und gleichzeitig den Begriff der Wissensvertretung wie folgt umschrieben[5]: "Wenn der verantwortliche Leiter eines geschäftlichen Unternehmens dessen Innenbe-

1 Richardi AcP 169 386; Oldenbourg 55 ff.; Bruck-Möller § 6 N. 78 ff.; Staudinger-Coing, Vor. § 164 N. 76 ff. je mit Zitaten.

2 Diese Anzeigen und Auskünfte sind keine Willenserklärungen sondern sog. Wissenserklärungen. Siehe hinten § 2 zu N. 15.

3 Möller 9; Richardi AcP 169 386.

4 Beispiel aus Möller 9.

5 RGZ 101 402.

trieb in der Weise regelt, dass Tatsachen, deren Kenntnis von Rechtserheblichkeit ist, nicht von ihm selbst, sondern von einem bestimmten Angestellten zur Kenntnis genommen werden, so muss er sich im Verhältnis zu einem Dritten, der aus Tatsachenkenntnis Rechte ableitet, die Kenntnis des Angestellten wie eine eigene anrechnen lassen. Wenn auch der Angestellte nicht sein Stellvertreter im Willen ist, eine Willenserklärung überhaupt nicht in Betracht kommt, so ist er doch zum Wissensvertreter bestellt, und der Leiter des Unternehmens würde in einem solchen Falle gegen Treu und Glauben im geschäftlichen Verkehr verstossen, wenn er aus der inneren Geschäftsverteilung dem Dritten gegenüber den Einwand der Unkenntnis herleiten wollte."

Diesem Grundsatz hat sich die deutsche Lehre zum Versicherungsvertragsrecht durchwegs angeschlossen[6].

In seiner grundlegenden Abhandlung: "Wissenszurechnung und Wissenserklärungsvertretung im Versicherungsrecht" hat Hans Möller den Begriff des Wissenserklärungsvertreters, der streng vom Wissensvertreter zu unterscheiden ist, herausgearbeitet[7]. Der (eigentliche) Wissensvertreter ist lediglich der Vertreter in der Kenntnis*erlangung;* seine Kenntnislage wird, (etwa aufgrund der im erwähnten reichsgerichtlichen Entscheid vorgebrachten Argumente) dem Versicherungsnehmer zugerechnet. Kraft dieser Wissenszurechnung wird nun also fingiert, dass der Versicherungsnehmer etwas weiss. Tatsächlich besitzt aber dieser die entscheidende Kenntnis gar nicht. In einem solchen Falle läuft der Versicherungsnehmer nun Gefahr, dass er selbst nicht früh genug Mitteilung von einer anzeigepflichtigen Tatsache erhält, um die nachteiligen Folgen der Wissenszurechnung abwenden zu können. Der Versicherungsnehmer tut deshalb gut daran, einen Vertreter in der Kenntnis*weitergabe,* einen Wissenserklärungsvertreter, zu bestellen, der die Anzeigeobliegenheit aus eigenem Wissen erfüllt, indem er eine Wissenserklärung im Namen des Versicherungsnehmers abgibt. Bei der Wissensvertretung erfolgt die Zurechnung des Wissens, weil der Versicherungsnehmer unter Hinzuziehen von Hilfskräften derart arbeitet, dass alleine Dritte und nicht er selbst gewisse Kenntnisse erlangen. Bei der Wissenserklärungsvertretung erfolgt die Zurechnung fremden Verhaltens, weil der Versicherungsnehmer einen andern zur Wissenserklärung bevollmächtigt hat.

6 Statt vieler, Bruck-Möller § 6 N. 81; Prölls, Komm. zum dVVG § 6 8. C.; ebenso Oldenbourg 58. Möller (S. 13) kommt in Anlehnung an diesen Entscheid zu folgendem Endergebnis: "Es lässt sich also feststellen, dass immer dann eine Wissenszurechnung erfolgen kann, wenn jene Kenntnisse, die an und für sich der Versicherungsnehmer erlangen würde, deshalb von einem Dritten erlangt werden, weil der Versicherungsnehmer seinen Betrieb derart geregelt hat, dass Tatsachen nicht von ihm selbst, sondern nur von Angestellten zur Kenntnis genommen werden."

7 Möller 14 ff.

Schliesslich kann es auch reine Wissenserklärungsvertreter geben, nämlich in den Fällen, in denen eine Wissenszurechnung deshalb überhaupt nicht in Frage kommt, weil auch der Versicherungsnehmer selbst Kenntnis von allem Vorgefallenen erlangt, er sich aber bei der Kenntnisweitergabe eines Dritten bedient[8].

In diesem Zusammenhang sei noch auf folgendes hingewiesen. Oldenbourg macht in seiner mit "Die Wissenszurechnung" überschriebenen Dissertation die Unterscheidung zwischen der akzessorischen und der selbständigen Wissenzurechnung[9]. Zur ersten Kategorie sind Fälle zu zählen, bei denen das Wissen nur in Verbindung mit einem äusseren Verhalten (z.B. Rechtsgeschäft) erheblich ist, wobei beide Tatbestandselemente beim Vertreter verwirklicht werden und nur die Rechtsfolgen beim Vertretenen eintreten[10]. Zur Kategorie der selbständigen Wissenszurechnung gehören einerseits diejenigen Fälle, bei denen bereits die blosse Kenntnis den gesamten Tatbestand erfüllt[11] und andererseits diejenigen, bei denen zwar das Wissen nur in Verbindung mit einem anderen Verhalten rechtsfolgebegründend ist, diese beiden Tatbestandselemente aber getrennt beim Vertreter und beim Rechtsfolgeträger vorliegen.

Die schweizerische Lehre zum VVG hat sich meines Wissens mit der Frage der (selbständigen) Wissenszurechnung bei Anzeige- und Auskunftsobliegenheiten kaum befasst[12]. Der Begriff Wissensvertreter ist in der einschlägigen Literatur denn auch nicht anzutreffen, etwa auch nicht im Zusammenhang mit Art. 5 VVG. Es wird lediglich erwähnt, dass der Versicherungsnehmer für die Nicht- und Falschanzeige der Hilfsperson (i.e. Wissenserklärungsvertreter) in analoger Anwendung von Art. 101 OR einzustehen hat[13,14].

8 Möller 19.

9 Oldenbourg 10 f.; ebenso nun Richardi AcP 169 387.

10 z.B. § 166 Abs. 1 BGB; § 19 dVVG; Art. 5 VVG.

11 Siehe dazu hinten § 2 II. B.

12 Ansätze bei Adolf Dolder, Die Haftung des Versicherungsnehmers für Hilfspersonen, Diss. Bern 1939, S. 43 f.; siehe jedoch Roelli 66, 360, 461; Keller 93, 414, 550.

13 Dolder (zit. N. 12) 43 f.; Maurer, Einführung in das schweizerische Privatversicherungsrecht, Bern 1976 S. 225; Kientsch, Die Auskunfts- und Mitwirkungspflicht des Arztes gegenüber dem privaten Versicherer, Diss. Bern 1967 S. 64 ff.; a.A. SVA IX Nr. 81 S. 214 ff. – Der Arzt ist z.B. im Rahmen der vorvertraglichen Anzeigepflicht bei Krankenversicherungen Wissenserklärungsvertreter, ohne Stellvertreter nach Art. 32 ff. OR zu sein.

14 Dieser Tatbestand hat jedoch nichts mit dem Problem der eigentlichen Wissensvertretung zu tun. Die Frage der Wissenszurechnung ist im Grunde keine Frage des Einstehens des Versicherungsnehmers für dritte Personen. Wenn sich zeigt, dass ein dritter Wissensvertreter ist, so ergibt sich daraus nur, dass in der Person des Versicherungsnehmers, also nicht des Dritten, ein Tatbestand als gegeben gilt, der den Versicherungsnehmer mit einer Obliegenheit belastet; Möller 12; Richardi AcP 169 387.

Wie bereits eingangs erwähnt, begegnet man auch ausserhalb des Versicherungsvertragsrechts gesetzlichen Bestimmungen, für die die Kenntnis und das Kennenmüssen gewisser Umstände rechtserheblich sind[15]. Auch bei diesen Rechtsnormen trifft aber die Rechtsfolge grundsätzlich nur den, der das rechtserhebliche Verhalten des Wissens selber verwirklicht hat. Da jedoch jedes menschliche Verhalten generell Gegenstand einer Zurechnung sein kann[16] und Wissen zweifellos eine Form menschlichen Verhaltens darstellt,muss allgemein die Kenntnis von rechtserheblichen Umständen jeweils zugerechnet werden können. So stösst man denn auch im schweizerischen Recht vereinzelt auf den Begriff "Wissensvertreter"[17], wobei dieser vor allem im Bereich der akzessorischen Wissenszurechnung verwendet wird[18]. Neben den Begriff der aktiven Stellvertretung, der Abgabe einer Willenserklärung für einen andern, und der passiven Stellvertretung, der Entgegennahme einer Willenserklärung für einen andern[19], tritt somit der Begriff der Wissensvertretung.

Die Abgrenzung der Wissensvertretung von der Aktivvertretung stellt keine Probleme[20]. Dagegen wird in der Literatur häufig zu wenig genau zwischen Wissensvertretung und Passivvertretung unterschieden[21]. Dies dürfte seinen Grund u.a. wohl darin haben, dass die Passivvertretung nach h.M. nicht nur die Entgegennahme von Willenserklärungen, sondern auch von sog. Wissenserklärungen (Anzeigen, Mitteilungen) umfasst, sog. passive Wissenserklärungsvertretung[22].

Bei der Empfangnahme einer vom Gegenkontrahenten ausgehenden Wissenserklärung durch den Vertreter treffen demnach den Vertretenen alleine aufgrund der Bestimmungen über die Passivvertretung gewisse,

15 Siehe dazu § 3.

16 Oldenbourg 3.

17 z.B. v.Tuhr/Siegwart I § 41 II S. 307; Homberger Art. 933 N. 35; Ribi 194; nun Reichwein SJZ 66 1 ff.; und auf diesen verweisend, Küenzli 126 f.; F.v.Steiger 241 N. 255; W.v.Steiger in Schweizerisches Privatrecht VIII 1 Handelsrecht, Basel 1976 S. 519 N. 29.

18 Das Problem der (akzessorischen) "Bewusstseinszurechnung" wird im schweizerischen Recht vor allem bei Gutglaubenstatbeständen behandelt, siehe dazu § 7.

19 Statt vieler v.Tuhr/Siegwart I § 41 S. 304; Oser/Schönenberger Vor. Art. 32-40 N. 2; Becker Vor. Art. 32-40 N. 1; siehe auch § 164 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 BGB, Soergel/Schultze-v.Lasaulx § 164 N. 2.

20 Die Abgabe einer Willenserklärung ist ein aktives Verhalten, die Kenntniserlangung dagegen ein passives.

21 So wird z.B. bei der Behandlung der Frage der Wissensvertretung oft auf Gerichtsentscheide verwiesen, die alleine die Passivvertretung zum Thema haben. Bezüglich BGHZ 20 149 ff. siehe z.B. Meyer-Landrut in Grosskomm. AktG. § 78 N. 15; Godin/Wilhelmi § 78 N. 6.

22 Oser/Schönenberger Vor. Art. 1-40 N. 29, ebenso Vor. Art. 32-40 N. 14; v.Tuhr/Siegwart I § 41 N. 28; dann Enneccerus/Nipperdey I 2 207 II S. 1268; Godin/Wilhelmi § 78 N. 6; Hefermehl in Gessler/Hefermehl/Eckhardt/Kropff § 78 N. 15; Mertens in Köl. Komm. § 78 N. 33; v.Rath 11; Fischer in Grosskomm. HGB § 125 N. 24; § 43 Ziff. 2 dVVG.

jeweils an die entsprechende Kenntnis geknüpfte Rechtsfolgen. Dagegen wird dem Vertretenen die Kenntnis des Vertreters aufgrund der Wissensvertretung zugerechnet, die dieser anhand eigener Wahrnehmung oder einer Mitteilung Dritter erlangt.

II. Bei der juristischen Person

Den Begriff der Wissensvertretung verwendet nun Reichwein[23] auch im Rahmen der organschaftlichen Vertretung, indem er sich fragt, wie weit das Wissen der Organmitglieder der juristischen Person zuzurechnen sei. Zweifellos bestehen zwischen der Wissensvertretung bei juristischen Personen und der Wissensvertretung bei natürlichen Personen erhebliche Unterschiede. Die juristische Person hat z.B. im Gegensatz zur vertretenen natürlichen Person neben dem Wissen des/der (Organ-) Vertreter/s keine eigene Kenntnis mehr. Bei der Problematik der Wissenszurechnung bei juristischen Personen handelt es sich somit eigentlich um die Problematik der Kenntnis der juristischen Person schlechthin.

Weder der schweizerische noch der deutsche Gesetzgeber haben sich dazu geäussert, wann eine juristische Person etwas weiss, m.a.W. wessen Kenntnis der juristischen Person "zugerechnet" wird[24].

Da diese Frage aufs engste mit der Frage nach dem Wesen von Personenverbänden verknüpft ist, werde ich mich in § 4 kurz den beiden klassischen Theorien über das Wesen der juristischen Person und deren Auswirkung auf das vorliegende Problem zuwenden, um anschliessend die Bedeutung dieser Theorien für das heute geltende Recht zu untersuchen (§ 5).

23 Reichwein in SJZ 66 1 ff.

24 Das liechtensteinische Personen- und Gesellschaftsrecht vom 20. Januar 1926 äussert sich dazu in Art. 185 wie folgt: "Eine Verbandsperson gilt dann als bösgläubig, wenn eine der als Organ oder Vertreter handelnden Personen bösgläubig ist, oder wenn eine vertretungsberechtigte Person bösgläubig unterlässt, die zuständige Person auf den Mangel aufmerksam zu machen.
Die Vorschrift des vorausgehenden Absatzes ist entsprechend anzuwenden, wenn es sich um die Beurteilung des Wissens, des Verschuldens oder von Treu und Glauben der Verbandsperson handelt."

§ 2 *Das rechtlich relevante Wissen*[1]

"Wissen ist eine psychische Funktion, die auf Wahrheit oder Wirklichkeit eines Sachverhaltes gerichtet ist[2]."

Vorliegend stellt sich nun die Frage, ob ein psychischer Vorgang oder Zustand überhaupt für den allgemeinen Rechtsverkehr Bedeutung erlangen, m.a.W., ob und wieweit Wissen rechtlich bedeutsam sein kann.

Anhand des Systems der juristischen Tatsachen, welches einen Überblick gibt, was in der Gesamtheit der zwischenmenschlichen Beziehungen rechtserheblich sein kann, soll zunächst die Stellung des Wissens im Privatrechtsleben kurz erläutert werden.

I. Das Wissen im System der juristischen Tatsachen[3]

"Als juristische, d.h. rechtlich bedeutsame oder rechtswirksame Tatsache bezeichnen wir eine solche, die (allein oder mit andern) eine Rechtswirkung herbeiführt[4]." Die ausserordentlich grosse Zahl von juristischen Tatsachen wird in verschiedene Kategorien unterteilt. Die bedeutendste Kategorie ist diejenige der menschlichen Handlungen (A). Daneben wird auch an das bloss seelische Verhalten eines Menschen eine Rechtswirkung geknüpft (B) und schliesslich können auch lediglich äussere Tatsachen rechtliche Wirkungen herbeiführen (z.B. Geburt, Zeitablauf etc.).

A. Die menschlichen Handlungen

Menschliche Handlungen sind teils rechtlich bedeutungslos, teils führen sie nach den Vorschriften der Rechtsordnung eine rechtliche Wirkung herbei. Die letzteren werden rechtswirksame oder juristische Handlungen genannt

1 Die Begriffe "Wissen" und "Kenntnis" sind Synonyme.

2 Schweizer Lexikon, "Wissen", Zürich 1948.

3 Zum System der juristischen Tatsachen siehe ausführlich Enneccerus/Nipperdey I 2 § 136 f. Ich werde mich im folgenden auf die Systematik und Terminologie dieses Lehrbuches stützen. Auf eine Auseinandersetzung mit weiteren Autoren und deren jahrzehntelanger terminologischer Streitigkeiten muss hier verzichtet werden. Siehe dazu vor allem: Alfred Manigk, Das rechtswirksame Verhalten, (Berlin 1939) und seine früheren Publikationen, sowie F.Hippel, Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie; Eltzbacher, Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichem Recht; v.Tuhr II 1 § 43, 48, 50 ff.; Flume, Das Rechtsgeschäft, Kap. I.; siehe auch v.Tuhr/Peter § 20, 21, 23; Schönenberger/Jäggi Art. 1 N. 17 ff.

4 Enneccerus/Nipperdey I 2 § 136 II 860.

(Rechtshandlungen im weiteren Sinne)[5]. Es ergeben sich drei Hauptgruppen der juristischen Handlungen: Willenserklärungen, Rechtshandlungen i.e.S. und rechtswidrige Handlungen[6].

1. Willenserklärungen[7]

"Die Willenserklärung ist die auf eine Rechtswirkung gerichtete Privatwillensäusserung[8]."

Eine Willenserklärung bildet zusammen mit weiteren Willenserklärungen oder mit anderen juristischen Tatsachen den Tatbestand eines *Rechtsgeschäftes*[9], des wichtigsten Mittels, dessen sich die Privatautonomie zur Ordnung der Beziehung der Rechtsgenossen bedient[10].

2. Rechtshandlung i.e.S.[11]

Rechtsgeschäfte sind Handlungen mit Rechtsfolgen, die eintreten, weil sie gewollt sind. Diesen stehen (ebenfalls erlaubte) juristische Handlungen gegenüber, an welche sich Rechtswirkungen anschliessen, für deren Eintritt nach der Rechtsordnung gleichgültig ist, ob sie von dem Handelnden gewollt oder nicht gewollt sind; sie treten (wie die unerlaubten Handlungen) ex lege ein.

5 Die deutsche Doktrin engt den Begriff der Rechtshandlung ein auf diejenigen Rechtshandlungen, die nicht Willenserklärungen und daher nicht Bestandteil eines Rechtsgeschäftes sind; nach dem Sprachgebrauch des OR ist aber eine Rechtshandlung ein Oberbegriff, der auch das Rechtsgeschäft umfasst. Um eine Begriffsverwirrung zu vermeiden, werde ich im folgenden den deutschen Rechtshandlungsbegriff als Rechtshandlung i.e.S., den schweizerischen als Rechtshandlung i.w.S. bezeichnen.

6 Die rechtswidrigen Handlungen sind für die vorliegende Untersuchung ohne Bedeutung, weshalb darauf nicht weiter eingegangen wird.

7 Das OR verwendet im Gegensatz zum BGB (z.B. Titel vor § 116) den Fachausdruck "Willenserklärung" nicht, sondern spricht von "Willensäusserung" (z.B. Art. 1).

8 Enneccerus/Nipperdey I 2 § 137 IV 1 S. 864. Die Lehre bietet auch hier zahlreiche Begriffsbestimmungen an. So ist z.B. die Willenserklärung nach Jäggi (Schönenberger/Jäggi Art. 1 N. 21) "die Mitteilung eines privaten Gestaltungswillens gegenüber den Mitbeteiligten"; nach v.Tuhr/Peter (§ 21 S. 158) "eine Handlung, welche zu dem Zwecke vorgenommen wird, einen Vorgang des Seelenlebens zur Kenntnis der Mitwelt zu bringen"; siehe auch Staudinger/Coing, Einl. vor § 104 ff. N. 4; Örtmann vor § 104 9a S. 326.

9 Schönenberger/Jäggi Art. 1 N. 18.

10 Oftinger, ZSR 57 498 a; v.Tuhr/Peter § 23 S. 174; Burckhardt, Einführung 29; Staudinger/Coing, Einl. vor § 104 ff. N. 2b; Soergel/Hefermehl, Vor. § 104 ff. N. 1. Das Rechtsgeschäft ist der zentrale Begriff des Privatrechts, was aus der Systematik des schweizerischen Zivilrechts nicht hervorgeht. Das deutsche BGB widmet ihm als Kernstück des allg. Teils immerhin mehr als 80 Paragraphen (§ 104-185).

11 Siehe dazu neben Enneccerus/Nipperdey I 2 § 137 IV 2 S. 865 und Manigk, Verhalten 465 ff. vor allem Flume § 9; v.Tuhr/Peter § 23.

Das einzig gemeinsame dieser grundverschiedenen Äusserungen des Rechtslebens, die man Rechtshandlungen i.e.S. nennt, liegt darin, dass sie keine Willenswirkung, sondern ausschliesslich eine Gesetzeswirkung herbeiführen.

Die Rechtshandlungen i.e.S. zerfallen hauptsächlich in geschäftsähnliche Handlungen und Realakte.

a) *"Geschäftsähnliche Handlungen* sind die Rechtshandlungen i.e.S., die Äusserungen eines geistigen Vorganges, nämlich eines Willens oder einer Vorstellung enthalten[12]."

Als geschäftsähnliche Handlung, die in der Äusserung eines Willens (geschäftsähnliche Willensäusserung, Willensmitteilung) besteht, der aber nicht auf den Rechtserfolg gerichtet zu sein braucht, werden etwa die Aufforderung[13] (zu einem Tun oder Unterlassen) oder die Weigerung[14] bezeichnet.

Paradigma der Gruppe der geschäftsähnlichen Handlungen, die in der Äusserung einer Vorstellung bestehen (Mitteilung, Vorstellungsmitteilung), ist die "Wissensäusserung"[15], d.h. die Mitteilung über irgendwelches vergangenes Geschehen.

Diese Äusserungen über Tatsachen werden in den gesetzlichen Bestimmungen als Anzeigen[16], Benachrichtigungen[17], Mitteilungen[18] oder Kundgebungen[19] bezeichnet. Auch sie sind keine Willenserklärungen, denn ihr Inhalt sagt nichts von einer gewollten Rechtsfolge.

b) *"Realakte*[20] erfordern weder die Äusserung eines Willens noch einer Vorstellung, vielmehr nur die Bewirkung eines tatsächlichen, technischen

12 Enneccerus/Nipperdey I 2 § 137 IV 2a S. 865.

13 Z.B. Mahnung Art. 102 OR; Fristsetzung Art. 107 OR. Wer eine Kündigung erlässt, will gerade das, was das Recht als Folge der Kündigung erklärt (z.B. bei der Miete: die Beendigung des Mietverhältnisses). Wer dagegen den Schuldner mahnt, bezweckt zunächst nur, in den Besitz der Geldsumme zu kommen, er braucht den Eintritt des Verzuges (die Verpflichtung des Gemahnten zur Zahlung des Verzugszinses) nicht gewollt zu haben. Daher ist die Kündigung Rechtsgeschäft, die Mahnung Rechtshandlung i.e.S., Eltzbacher 192.

14 Z.B. Art. 39 OR: Der Vertretene weigert sich (lehnt ab), den vom Vertreter ohne Vertretungsmacht abgeschlossenen Vertrag zu genehmigen.

15 Siehe vorne § 1 N. 2.

16 Z.B. Art. 167, 201, 256 OR. Die Anzeigen in Art. 190 Abs. 2 und Art. 214 Abs. 2 OR sind ihrem Wesen nach keine Vorstellungsmitteilungen, sondern Willenserklärungen, durch welche im einen Fall Lieferung verlangt, im andern Fall das Rücktrittsrecht geltend gemacht wird.

17 Z.B. Art. 204 Abs. 3, 479 Abs. 2, 505 Abs. 2, 1042 OR, Art. 886 ZGB.

18 Z.B. Art. 176 Abs. 2, 483 Abs. 2, 508 OR.

19 Z.B. Art. 33 Abs. 3, 34 Abs. 3 OR.

20 auch Tathandlungen genannt. – Beispiele: Fund Art. 720 ZGB, Verarbeitung Art. 726 ZGB, Besitzerwerb Art. 919 Abs. 1 ZGB, Erfindung etc.

Erfolges, der aber nach den Vorschriften der Rechtsordnung eine Rechtswirkung hervorruft[21]." Diese Rechtswirkung tritt nach Hefermehl[22] allein aus Gründen der Verkehrssicherheit ohne Rücksicht auf den Willen des Handelnden, ein.

B. Das bloss seelische Verhalten

Das bloss seelische Verhalten der Menschen hat keine unmittelbare Einwirkung auf die Aussenwelt. Daher liegt die Vermutung nahe, die Tatsachen des inneren Seelenlebens, die sich von flüchtigen Vorgängen und Zuständen in unserem Bewusstsein bis zu dauernden Zuständen, die ins Unbewusste fallen, erstrecken, seien für das Rechtsleben irrelevant. Dies trifft insofern auch zu, als die für das Recht wichtigste seelische Erscheinung, nämlich der Wille, grundsätzlich nicht anders als in Gestalt einer Handlung in Wirksamkeit treten kann[23]. Man spricht in diesem Sinne erst von Willen, wenn der psychologische Vorgang der Willensentstehung vollendet ist, d.h. wenn eine Handlung vorliegt. Was während des kritischen Momentes vor der Handlung in der Seele des Menschen vorgeht, ist rechtlich bedeutungslos, wenn der Entschluss nicht in Form einer Handlung in die Aussenwelt tritt. "Aber", betont v. Tuhr[24], "die Handlung ist ein *Produkt* des Seelenlebens. Daher erhält sie ihren geistigen Charakter und ihre sittliche Färbung durch die ihr vorausgegangenen oder sie begleitenden Tatsachen des Seelenlebens: durch die Motive und Absichten des Handelnden sowie durch die Vorstellungen, die sich der Handelnde über gewisse für ihn in Betracht kommende Umstände macht, insbesondere durch sein Kennen oder Nichtkennen gewisser Tatsachen." Daher messen moderne Rechtsordnungen auch den Beweggründen und den Absichten des Handelnden Bedeutung zu, unter der Voraussetzung, dass sich der Entschluss bis zur Handlung verstärkt hat. So ist zum Beispiel Eingriff in fremdes Eigentum je nach Absicht des Handelnden Geschäftsführung, Notstandshandlung oder unerlaubte Handlung[25].

Die rechtserheblichen Tatsachen rein seelischer Art werden in Tatsachen des Vorstellungs-, Gefühls- und Willenslebens unterteilt, wobei auch hier keine "unité de doctrine" herrscht[26]. Die wichtigsten Tatsachen des bloss seelischen Verhaltens sind die Tatsachen des Vorstellungslebens. Dazu gehören die Kenntnis oder Unkenntnis der Beteiligten von gewissen Umständen.

21 Enneccerus/Nipperdey I 2 § 137 IV 2b S. 868.
22 Soergel/Hefermehl Vor. § 104 N. 2.
23 v.Tuhr II 1 123.
24 v.Tuhr II 1 124.
25 In anderen Fällen, z.B. beim Rechtsgeschäft sind die Motive der Parteien grundsätzlich unerheblich, v.Tuhr II 1 7 N. 15.
26 Siehe dazu Eltzbacher 235; Manigk, Willenserklärung 601 ff.; v.Tuhr II 1 126.

II. Das rechtlich relevante Wissen

v. Tuhr[27] definiert Wissen als "eine durch äussere Ereignisse (Sinneseindrücke) oder durch geistige Vorgänge (Schlussfolgerungen) hergestellte, der Wirklichkeit entsprechende Vorstellung von einer Tatsache". Wissen ist demnach nicht nur immer ein reines Registrieren von Eindrücken; es kommt unter Umständen eine subjektive (intellektuelle) Komponente hinzu, das Verarbeiten von Fakten und Ziehen der entsprechenden Schlüsse[28].

Es gibt verschiedene Stufen des Wissens, das sich von ganz allgemeinen Vorstellungen bis zu einer exakten Kenntnis einer Tatsache erstrecken kann. Knüpft das Gesetz an die Kenntnis gewisser Tatsachen irgendwelche Rechtsfolgen, so muss die Kenntnis in einem solchen Grade gefestigt sein, dass nach Treu und Glauben dem Wissenden ein diese Tatsachen berücksichtigendes Verhalten zugetraut werden kann und muss[29]. Die durch geringeren Grad der Sicherheit sich vom Wissen unterscheidenden Vorstellungen, Vermutungen und Zweifel sind, wo das Gesetz Kenntnis voraussetzt, rechtlich irrelevant[30].

Eine einmal erlangte Kenntnis bleibt nicht ad infinitum bestehen, sie kann vielmehr auch wieder entschwinden, eine Tatsache kann vergessen gehen. "Ist eine früher gewusste Tatsache in dem Moment, in welchem es auf die Kenntnis ankommt[31], vergessen, so treten die Wirkungen der Kenntnis nicht ein, es kann aber unter Umständen ein Kennenmüssen vorliegen"[32], das in vielen Fällen die selben Rechtsfolgen hervorruft, wie ein wirkliches Kennen[33].

Wie im § 3 zu zeigen sein wird, kommt Kenntnis von Tatsachen im schweizerischen Recht in verschiedener Weise bei der Gestaltung der Rechtsverhältnisse in Betracht.

A. Meist bildet das Wissen nicht allein, sondern nur in Verbindung mit einem andern in der Aussenwelt wahrnehmbaren Verhalten den Tatbestand einer Rechtsnorm[34]; so z.B. beim Kaufvertrag (Willenserklärung) die Kenntnis des Käufers von Mängeln der Kaufsache, Art. 192, 197 OR.

27 v.Tuhr II 1 § 49 ("Das rechtlich bedeutsame Wissen") S. 127.
28 So liegt z.B. nicht schon Kenntnis des Käufers von einem Mangel vor (Art. 200 OR), wenn er die äussere Beschaffenheit der Sache kennt, sondern erst dann, wenn er weiss, dass diese Beschaffenheit einen Mangel i.S. von Art. 197 OR darstellt.
29 v.Tuhr II 1 127.
30 Dass aber sogar Vermutungen rechtliche Bedeutung haben können, zeigt z.B. Art. 419 OR, wo der Geschäftsführer ohne Auftrag nach der "mutmasslichen Absicht" des Geschäftsherrn das übernommene Geschäft zu führen hat.
31 Siehe dazu hinten § 8 V.
32 v.Tuhr II 1 128; Oldenbourg 16.
33 Siehe dazu hinten III.
34 Siehe vorne S. 5.

Die äusseren Tatsachen und das rein seelische Verhalten sind in einem solchen Fall Tatbestandsstücke, die nur in ihrem Zusammentreffen den gesamten, rechtsbegründenden Tatbestand der Rechtsnorm ausmachen.

B. Manchmal ist auch das Wissen allein, ohne ein äusseres Verhalten, rechtsfolgebegründend, bildet also, soweit ein menschliches Verhalten in Frage steht, nicht nur ein Tatbestandsstück, sondern den gesamten Tatbestand einer Rechtsnorm. Immerhin setzen auch diese Tatbestände gewisse andere Tatsachen voraus, so z.B. das Vorliegen eines Vertrages. Der Unterschied zu den Tatbeständen unter A. liegt jedoch darin, dass das Wissen nicht als Begleiterscheinung eines gleichzeitigen Verhaltens erheblich ist. Ein derartiger Fall liegt z.B. nach VVG Art. 38 vor, wo eine bestimmte Kenntnis die Pflicht zur Anzeige begründet.

III. Wissenmüssen

Häufig werden Rechtsfolgen nicht nur an die sichere Kenntnis gewisser Tatsachen geknüpft, sondern treten bereits bei "fahrlässiger Unkenntnis" ein. Im Gesetz werden solche Tatbestände unter anderem mit "kennen sollen"[35], "wissen müssen"[36], "Arglist oder grobe Fahrlässigkeit"[37] umschrieben. Diese Formulierungen bezeichnen nichts anderes als den bösen Glauben[38] in einer auf die Eigenart des Tatbestandes zugeschnittenen Fassung[39]. Das Mass der Diligenz richtet sich somit allgemein in diesen Fällen nach dem in Art. 3 Abs. 2 ZGB aufgestellten Grundsatz, dass sich derjenige, der die Aufmerksamkeit vermissen lässt, welche nach den Umständen von ihm verlangt werden darf, nicht berechtigt ist, sich auf den guten Glauben zu berufen. Die jeweils im Gesetz konkret verwendete Formulierung "wissen sollen", "wissen müssen" etc. mag zwar für die Bestimmung der Anforderung der Sorgfalt eine gewisse Bedeutung haben[40], nämlich bei der Fragestellung, ob auch leichte oder nur grobe Fahrlässigkeit den Gutglaubensschutz ausschliesst. Letztlich ist jedoch immer die Aufmerksamkeit geboten, die "nach den Umständen ... verlangt werden darf", womit auf Recht und Billigkeit (Art. 4 ZGB) im Einzelfall verwiesen wird[41].

35 z.B. Art. 26, 39, 200 OR, Art. 841, 913 ZGB.
36 z.B. Art. 273 Abs. 1 OR, Art. 4, 5, 6, 8, Ziff. 3 und 4 VVG.
37 z.B. Art. 966, 1006 OR.
38 Art. 3 Abs. 2 ZBG. Zum guten bzw. bösen Glauben siehe auch hinten § 3 I.
39 Jäggi Art. 3 N. 65; Egger Art. 3 N. 4, 6; Weiss 147; siehe auch Marginale und Text von Art. 974 Abs. 1 ZGB.
40 Egger Art. 3 N. 6 a.E.; Keller 104.
41 Jäggi Art. 3 N. 115; Meier-Hayoz Art. 4 N. 64, siehe auch N. 58; Weiss 147.

Im Gegensatz zum schweizerischen Recht stuft das deutsche BGB das Mass der Sorgfalt, welches zur Vermeidung des bösen Glaubens zu beachten ist, für die einzelnen Fälle verschieden[42] ab.

In gewissen Fällen ist derjenige bösgläubig, der wegen grober Fahrlässigkeit die wahre Sachlage nicht erkennt. Der in dieser Weise in § 932 Abs. 2 BGB gesetzlich definierte Begriff des guten Glaubens ist überall dort massgebend, wo das Gesetz vom guten Glauben spricht[43].

In andern Fällen wird der wirklichen Kenntnis einer Tatsache das Kennenmüssen gleichgestellt[44]. Hier kann jemand den Gutglaubensschutz nur beanspruchen, wenn er alle erforderliche Sorgfalt aufgewendet hat, d.h., wenn ihn nicht einmal der Vorwurf leichter Fahrlässigkeit trifft.

Sowohl das deutsche als auch das schweizerische Recht kennt im übrigen Fälle, bei denen das Gesetz nur an die effektive Kenntnis von Tatsachen bestimmte Rechtsfolgen knüpft und jede Unkenntnis – auch die grobfahrlässige – unbeachtet lässt[45,46].

Die Tatsache, dass das Gesetz in den meisten Fällen nicht nur der wirklichen Kenntnis Bedeutung beimisst, sondern die selben Rechtsfolgen auch bei der auf "Fahrlässigkeit beruhenden Unkenntnis" eintreten lässt, erweitert den Bereich des sog. "rechtlich relevanten Wissens" in der Praxis natürlich erheblich.

42 H.Reichel, Einleitungsartikel des schweizerischen ZGB, in Festschrift für Rud. Stammler, Berlin 1926, S. 315; v.Tuhr II 1 140 f.; Egger Art. 3 N. 6.

43 z.B. § 937, 955, 990 BGB.

44 z.B. § 68, 169, 173, 179, 405, 674 BGB.

45 vgl. z.B. § 407, 892 (siehe dagegen Art. 974 ZGB!) BGB.

46 vgl. z.B. Art. 933 Abs. 2 OR (Deschenaux § 21 228; His (zit. hinten § 3 N. 64) Art. 933 N. 29; BGE 65 II 85) Art. 979 Abs. 2 OR (Jäggi (zit. hinten § 3 N. 71) Art. 979 N. 93; BGE 56 II 290 ff.); Art. 60 OR (Becker Art. 60 N. 6); Art. 30 VVG (Roelli 359, Keller 413). Uneinigkeit herrscht in der Literatur unter anderem bezüglich Art. 192 Abs. 2 und Art. 273 Abs. 2 OR, siehe dazu v.Tuhr/Peter § 23 N. 41; Oser/Schönenberger Art. 192 N. 15 und Art. 273 N. 7, sowie Weiss 156 ff.

§ 3 *Das Wissen im schweizerischen Recht*

Nachdem in § 2 I und II die Rechtserheblichkeit des Wissens generell untersucht worden ist, wende ich mich nun kurz der schweizerischen Rechtsordnung im speziellen zu. Anhand einiger Gesetzesbestimmungen soll die Bedeutung der Kenntnis im Rechtsleben etwas veranschaulicht werden, wobei ich mich auf ein paar wichtige Wissenstatbestände beschränken werde[1].

I. Guter Glaube Art. 3 ZGB[2]

Eine allerseits anerkannte Begriffsbestimmung des guten Glaubens gibt es im schweizerischen Recht nicht. Einigkeit herrscht allgemein darüber, dass der gute Glaube etwas Subjektives, eine Tatsache des Seelenlebens sei[3,4]. Streitig ist dagegen die Frage, ob der gute Glaube etwas Negatives, ein Nichtwissen oder etwas Positives, eine Überzeugung sei, m.a.W., ob die Unkenntnis vorhandener Mängel genüge, um gutgläubig zu sein, oder ob dazu eine positive Überzeugung von der Mängelfreiheit des Tatbestandes gehöre[5]. Im weiteren gehen die Meinungen auseinander, ob der gute Glaube ein ethischer oder ein psychologischer Begriff sei. Sieht man den Begriff des guten Glaubens in der Ethik begründet, so betrifft er unmittelbar das Rechtsbewusstsein und Gutgläubigkeit wird definiert, je nachdem man den Begriff als etwas Positives oder als etwas Negatives ansieht, als Fehlen des Unrechtsbewusstseins[6], oder als positive Überzeugung, rechtmässig zu handeln[7]. Betrifft der gute Glaube anderseits das Erkenntnisvermögen, den Verstand, so wird er als Irrtum (über eine Rechtslage), Nichtwissen oder als Nichtkennen eines Rechtsmangels umschrieben[8].

1 Siehe auch die Zusammenstellung der BGB-Paragraphen, bei denen die Begriffe "Wissen", "Kennen", "Glaube" vorkommen, Manigk, Willenserklärung 625.

2 Siehe dazu vor allem Jäggi Art. 3; Deschenaux 207 ff.; Egger Art. 3; Oftinger Art. 884 N. 324 ff.; Stark Art. 933 N. 43 ff.; Pfister 53 ff.

3 Jäggi Art. 3 N. 26; Egger Art. 3 N. 4; Stoffel 17; Schmid SJZ 63 306; Reichel 188 verwendet den Ausdruck "Bewusstseinslage".

4 Siehe vorne § 2 I B.

5 In der neueren Literatur ist die erste Ansicht vorherrschend: Guter Glaube ist Nichtwissen, Egger Art. 3 N. 4 ("qualifiziertes Nichtwissen"); Bircher 27; Hegetschweiler 2 ff.; Oftinger Art. 884 N. 355; Stoffel 19; v.Tuhr/Peter § 23 S. 180; Weiss 146 f.; ebenso das Bundesgericht seit BGE 28 II 368; a.A. Homberger Art. 933 N. 29; Schmid SJZ 63 307; siehe auch Stark Art. 933 N. 44; Reichel 196.

6 Feger 7; Jäggi Art. 3 N. 35 ff.

7 Lichti 19 N. 1 mit Zitaten, 58.

8 Egger Art 3 N. 4; Oftinger Art. 884 N. 355; Patry ZBJV 91 420 f.; v.Tuhr/Peter § 23 S. 180; Weiss 146 f.

Trotz der angeführten streitigen Punkte setzte sich allmählich die von Hegetschweiler[9] formulierte Definition in dieser oder ähnlicher Form durch: "Guter Glaube ist ein schuldloses Nichtwissen eines rechtlichen Mangels[10]."

Dieser Umschreibung trat Jäggi[11] mit einer neuen Definition entgegen. Nach ihm ist guter Glaube das Fehlen des Unrechtsbewusstseins trotz eines Rechtsmangels[12,13].

Nach der (früher) vorherrschenden Definition (unverschuldete Unkenntnis eines Rechtsmangels) ist nur derjenige gutgläubig, der sich gleichzeitig auf den guten Glauben berufen darf. Ob seine Berufung angängig sei, beurteilt sich dort im Zusammenhang mit dem Entscheid über die Entschuldbarkeit der Unkenntnis. Nach der Auffassung von Jäggi muss in erster Linie abgeklärt werden, ob guter Glaube (Fehlen des Unrechtsbewusstseins trotz eines Rechtsmangels) vorliegt und in zweiter Linie, ob die Berufung auf den guten Glauben zulässig sei[14,15].

Zulässig ist die Berufung dann, wenn die Aufmerksamkeit wie sie nach den Umständen verlangt werden darf (Abs. 2), aufgewendet worden ist[16]. Dabei bezieht sich hier die gebotene Aufmerksamkeit auf die Kenntnis des Tatbestandes. Abs. 2 betrifft also den Hauptfall[17], wo der gute Glaube auf der Kenntnis eines Rechtsmangels beruht[18]. Hätte der Betreffende sich Mühe gegeben, so hätte er den Mangel erkennen können. Er war unaufmerksam, und eben diese Unaufmerksamkeit hat seinen guten Glauben erzeugt. Jäggi umschreibt daher den Tatbestand von Abs. 2 als "pflichtwidriges Nichtkennen eines (erkennbaren) Rechtsmangels" oder einfach als "Kennensollen"[19].

9 Hegetschweiler 12.
10 Bircher 24; Egger Art. 3 N. 4; Haab/Simonius/Scherrer Art. 661 N. 12; Oftinger Art. 884 N. 355; Patry ZBJV 91 420 f.; Stoffel 21; Weiss 146 f.
11 Jäggi Art. 3 N. 30.
12 Auf seine ausführliche Begründung kann an dieser Stelle nicht eingetreten werden, siehe dazu Jäggi Art. 3 N. 35 ff.
13 Die neuesten Publikationen sind der Ansicht Jäggis weitgehend gefolgt, Deschenaux 210; Meier-Hayoz, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, ZGB, Sachenrecht, Grundeigentum Bern 1965, Art. 672 N. 6; Merz Art. 2 N. 82; Pfister 62; siehe aber auch Stark Art. 933 N. 44; Schmid SJZ 63 3O7; a.A. Piotet SJZ 64 81 ff., 100 ff.
14 Der Wortlaut von Art. 3 Abs. 2 ZGB verlangt dieses Vorgehen.
15 Die Begriffsumschreibung von Jäggi hat einen nicht zu unterschätzenden psychologischen Vorteil, indem sie dem leicht Unaufmerksamen nicht den Vorwurf der Bösgläubigkeit machen muss. Der Unaufmerksame ist wohl gutgläubig (da es keine Rechtspflicht gibt, in eigener Sache aufmerksam zu sein), aber seine Berufung auf den guten Glauben verstösst gegen Treu und Glauben: "Abs. 2 ist ein Anwendungsfall von Art. 2 ZGB", Jäggi Art. 3 N. 109.
16 Die Beachtung der gebotenen Aufmerksamkeit ist somit kein Kriterium der Gutgläubigkeit, sondern des Gutglaubensschutzes.
17 Weitere Fälle siehe Jäggi Art. 3 N. 41 f.
18 Jäggi Art. 3 N. 105; Deschenaux 226.
19 Jäggi Art. 3 N. 105.

II. Irrtum Art. 23 ff. OR

Auch der Begriff des Irrtums wird nicht einheitlich umschrieben. Die Literatur offeriert eine grosse Zahl (leicht) abweichender Definitionen[20]. Wir schliessen uns der allgemeinen Begriffsumschreibung von Meier-Hayoz an, die für unsere Untersuchung vollauf genügt: "Irrtum ist das unbewusste Fehlen genauer Vorstellungen über Tatsachen[21]." Der Irrtumsbegriff wird so weit gefasst, da nach h.M.[22] nicht nur die falsche Vorstellung von Zuständen (Irrtum i.e.S., error), sondern auch der Mangel einer Vorstellung (Unkenntnis, Nichtwissen, ignorantia), unter die Irrtumsbestimmungen fällt. Was man im gewöhnlichen Sprachgebrauch als Irrtum bezeichnet, ist das unbewusste Vorhandensein einer falschen Vorstellung über Tatsachen (Irrtum i.e.S.). In der juristischen Terminologie kommt noch die Unkenntnis hinzu, was zum Oberbegriff – Irrtum i.w.S. – führt.

Die ignorantia besteht im Fehlen von Vorstellungen, auch von falschen! – Anderseits kann man auch sagen, dass eine nichtrichtige Vorstellung das Fehlen der richtigen Vorstellung sei, jede falsche Kenntnis also zugleich Unkenntnis der richtigen. Dieser Gedankengang konsequent zu Ende geführt, zeigt, dass in jedem positiven Irrtum ein Nichtwissen eingeschlossen ist[23]. Der Irrtum ist m.a.W. ein Wissensmangel[24].

Bei fahrlässigem Irrtum ist der Irrende zum Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenden Schadens verpflichtet, es sei denn, dass der andere den Irrtum gekannt hat oder hätte kennen sollen (Art. 26 Abs. 1 OR). Hat der Erklärungsempfänger den Irrtum des Erklärenden bemerkt und die Erklärung auch im Sinne des Erklärenden verstanden, dann gilt die Erklärung im verstandenen und nicht im erklärten Sinn (Art. 1, 18 OR)[25]. Hat der Empfänger, der den Irrtum bemerkte (oder hätte bemerken sollen), den wirklichen Sinn der Erklärung nicht feststellen können, so treten

20 Siehe die Zusammenstellung verschiedener Definitionen bei Lichti 41 ff.

21 Meier-Hayoz, Vertrauensprinzip 173.

22 Oser/Schönenberger Art. 23 N. 7; Becker Art. 23 N. 1; v.Tuhr/Peter § 23 S. 179; Bachmann 1 f.; siehe dazu vor allem Zitelmann 321 ff.

23 Zitelmann 326.

24 Nur unbewusste Unkenntnis steht dem Irrtum i.e.S. gleich. Unterwirft sich dagegen der Erklärende im Bewusstsein der Unkenntnis vom Inhalt der Erklärung vorbehaltlos den Bedingungen des Gegners, so kann er sich nachträglich nicht auf Irrtum berufen, Becker Art. 24 N. 1; Oser/Schönenberger Art. 24 N. 12; v.Tuhr/Siegwart I § 37 S. 271; Oftinger in Festgabe für August Simonius, Basel 1955 S. 271 f.; BGE 34 II 532.

25 Oser/Schönenberger Art. 26 N. 7; v.Tuhr/Siegwart I § 37 S. 281 N. 51; Schönenberger/Jäggi Art. 1 N. 415, 296; Kurt Ärni, Die Rechtsfolgen bei Vorhandensein von Willensmängeln, Diss. Zürich 1944 S. 76.

verschiedene Folgen ein, je nachdem man die Vertrauenstheorie[26] konsequent anwendet[27] oder dem (klaren) Gesetzestext folgt[28]. Im ersten Fall liegt gar kein Konsens vor. Im zweiten Fall ist grundsätzlich ein Vertrag zustande gekommen, welcher wegen Irrtums angefochten werden kann. Die Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis des Vertragsgegners entbindet den Irrenden jedoch von jeder Schadenersatzpflicht[29].

Eine eigene Stellungnahme zu dieser Auseinandersetzung erübrigt sich hier. Vorliegend ist einzig und alleine die Tatsache hervorzuheben, dass auch gewisse Kenntnis oder Unkenntnis des Vertrags*gegners* im Bereiche der Irrtumsbestimmungen nachhaltige Folgen für ein Rechtsgeschäft haben kann[30].

III. Absichtliche Täuschung Art. 28 OR

Die absichtliche Täuschung ist die wissentliche Erregung oder Ausnützung einer falschen Vorstellung bei einem andern mit dem Zweck, diesen zu einem Vertragsabschluss zu verleiten[31]. Es handelt sich um einen Spezialfall des Irrtums: Der Getäuschte wird durch die absichtliche Täuschung der Gegenpartei in einen Irrtum versetzt (Irrtum i.e.S.) oder im vorhandenen Irrtum bestärkt (Irrtum i.w.S.)[32].

Ein Vertrag ist nur anfechtbar, wenn ein Kausalzusammenhang zwischen der absichtlichen Täuschung und dem (irrtümlichen) Vertragsabschluss

26 Grundlegend zur Vertrauenstheorie, August Simonius in: Wandlung der Irrtumslehre in Theorie und Praxis, Festgabe Götzinger, Basel 1935 S. 240 ff.; ders., Über die Bedeutung des Vertrauensprinzipes in der Vertragslehre, Festgabe Basler Juristenfakultät, Basel 1942 S. 235 ff.; Meier-Hayoz, Vertrauensprinzip 69 ff.; siehe nun auch Schmidlin, Das Vertrauensprinzip und die Irrtumslehre im deutschen und schweizrischen Recht, ZSR 89 (1970) I 225 ff.

27 vgl. Simonius (zit. N. 26) Wandlung 261 ff., Vertrauensprinzip 276 ff.; Meier-Hayoz, Vertrauensprinzip 223.

28 Dazu Ärni (zit. N. 25); Bachmann 108; Oser/Schönenberger Art. 26 N. 7; Schmidlin ZSR 89 I 241 ff.; BGE 69 II 234 ff.

29 Eine parallele Situation zeigt sich bei der Nichtigkeit eines Vertrages wegen Unmöglichkeit des Inhaltes nach Art. 20 OR. Kannte der Schuldner die Unmöglichkeit der Leistung bei Vertragsabschluss, oder hätte er sie kennen sollen, so haftet er für den Vertrauensschaden (negatives Vertragsinteresse). Kannte aber auch der Gläubiger die Unmöglichkeit (oder hätte er sie kennen sollen), so entfällt jede Schadenersatzpflicht des Schuldners; BGE 36 II 203; siehe § 307 Abs. 1 BGB.

30 Die Kenntnis des Erklärungsgegners kann folgende Konsequenzen haben:
- Konsens gemäss dem wirklichen Willen des Erklärenden
- Verlust der Schadenersatzforderung des Erklärungsgegners
- Dissens.

31 Meier-Hayoz, Vertrauensprinzip 159; ähnlich Becker Art. 28 N. 2; Oser/Schönenberger Art. 28 N. 2; v.Tuhr/Siegwart I § 38 S. 284; Guhl/Merz/Kummer 142; v.Tuhr II 1 604.

32 siehe vorne II.

besteht, d.h., wenn die Täuschung den Vertragsgegner zum Rechtsgeschäft verleitet hat. Der Kausalzusammenhang fehlt somit, wenn der Täuschungsversuch nicht gelungen ist, weil dem Vertragsgegner die wahre Sachlage bekannt war[33], oder wenn sich ergibt, dass dieser zwar den falschen Behauptungen Glauben geschenkt hat, aber auch bei richtiger Kenntnis der Umstände den Vertrag aus andern Gründen dennoch geschlossen hätte[34].

Nur die vom Vertragsgegner selbst ausgehende absichtliche Täuschung macht den Vertrag unverbindlich. Die von einem Dritten verübte Täuschung hindert die Verbindlichkeit grundsätzlich nicht. Kannte jedoch der Vertragsgegner zur Zeit des Vertragsabschlusses die Täuschung oder hätte er sie kennen sollen, so macht er sich selber der Täuschung durch Schweigen schuldig und der Vertrag ist unverbindlich, Art. 28 Abs. 2 OR[35].

Auch die Kenntnislage des Täuschenden ist vorliegend rechtlich relevant, denn der Tatbestand der Täuschung ist nur erfüllt, wenn jener weiss, dass er beim Getäuschten einen Irrtum hervorruft bzw. unterhält[36]. Das Bewusstsein der Täuschung wird im übrigen schon dann als gegeben betrachtet, wenn der Täuschende wissen musste, dass seine Angaben den Tatsachen nicht entsprechen[37].

IV. Übervorteilung Art. 21 OR[38]

Unter Übrtvorteilung versteht man die bewusste Ausbeutung der Notlage, der Unerfahrenheit oder des Leichtsinns eines andern um ein offenbares Missverhältnis zwischen der Leistung und der Gegenleistung zu bewirken.

33 v.Tuhr ZSR 17 16: "Dem Wissen des Mitkontrahenten steht das Wissenmüssen nicht gleich"; BGE 32 II 350.

34 Oser/Schönenberger Art. 28 N. 10; v.Tuhr/Siegwart I § 38 S. 286; Becker Art. 28 N. 11.

35 Bei der Furchterregung führt sowohl die Drohung der Gegenpartei als auch diejenige eines Dritten zur Unverbindlichkeit des Vertrages (Art. 29 Abs. 1 OR). Dabei braucht im letzteren Falle der Vertragsgegner von der Furchterregung nicht Kenntnis gehabt zu haben. Jedoch ist nach Art. 29 Abs. 2 OR die Kenntnis oder verschuldete Unkenntnis des Vertragsgegners von der Drohung durch einen Dritten insofern von Bedeutung, als bei dieser Sachlage sein Schadenersatzanspruch gegen den Bedrohten (in jedem Falle) dahinfällt.

36 Auch eine durch Drohung beeinflusste Willenserklärung kann nur angefochten werden, wenn der Drohende weiss, dass er beim Bedrohten Furcht erregt oder bestehende Furcht bestärkt.

37 Meier-Hayoz, Vertrauensprinzip 163; BGE 42 II 499.

38 Siehe dazu vor allem Emil W. Stark, Die Übervorteilung (Art. 21 OR) im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichtes, 1975 S. 377 ff.; Karl Oftinger, Betrachtungen über die laesio im schweizerischen Recht, in Festschrift für P.J. Zepos, 1973 S. 535 ff.; Enrico Mazzola, Verhältnis und Abgrenzung von Art. 20 und 21 OR, ungedruckte Diss. Basel 1971.

Das wucherische Geschäft hat einen objektiven und einen subjektiven Tatbestand zur Voraussetzung[39]:

1. In objektiver Beziehung verlangt das Gesetz ein offenbares Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung. Es kommt nicht darauf an, welchen Wert die Leistung gerade für die Vertragsparteien hat, sondern das Missverhältnis muss sich auf den objektiven Wert (z.B. Marktwert) zur Zeit des Vertragsschlusses beziehen. Offenbar ist ein Missverhältnis dann, wenn "jedermann in die Augen fallend"[40]. Ferner muss beim Übervorteilten eine wirtschaftliche oder persönliche Notlage im Zeitpunkt der Entstehung des Schuldverhältnisses vorhanden gewesen sein oder es muss sich um einen unerfahrenen oder leichtsinnigen Vertragsschliessenden handeln.

2. In subjektiver Hinsicht wird die Ausbeutung dieser eben erwähnten, in der Person des Bewucherten liegenden Umstände verlangt. Eine Ausbeutung ist aber nur bei bekannter Sachlage möglich. Folglich ist Voraussetzung, dass der Wucherer sowohl vom Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung und von der Schwäche der Gegenpartei weiss, als auch, dass er diese Kenntnis zu seinen Gunsten beim Vertragsabschluss ausnützt[41].

V. Unerlaubte Handlung (Art. 41 ff. OR)

Eine widerrechtliche Schädigung kann absichtlich (vorsätzlich)[42] oder fahrlässig erfolgen. Vorsatz ist die Vorstellung und das Wollen eines rechtswidrigen Erfolges[43]. Fahrlässigkeit liegt dann vor, wenn sich der Handelnde des Erfolges bewusst gewesen wäre, falls er die nötige Sorgfalt angewendet hätte[44,45].

39 Siehe neben den in N. 38 zitierten Autoren Becker Art. 21 N. 1 ff.; Oser/Schönenberger Art. 21 N. 3; v.Tuhr/Siegwart I § 40 S. 301; Guhl/Merz/Kummer 68 f.; BGE 61 II 34 ff.; 92 II 170 ff.

40 Dazu Stark (zit. N. 38) S. 383; Oser/Schönenberger Art. 21 N. 7; BGE 53 II 488; 84 II 111. Ob dies zutrifft, ist vom Richter nach freiem Ermessen zu entscheiden.

41 Stark (zit. N. 38) S. 368; Mazzola (zit. N. 38) S. 17; Becker Art. 21 N. 9; Oser/Schönenberger Art. 21 N. 9; Guhl/Merz/Kummer 69; BGE 53 II 488; 92 II 177.

42 "Absicht" und "Vorsatz" sind hier Synonyme, statt vieler Oser/Schönenberger Art. 41 N. 58.

43 Oser/Schönenberger Art. 41 N. 56; ähnlich Becker Art. 41 N. 88; v.Tuhr/Siegwart I § 47 S. 365; Oftinger I 124; Larenz, Schuldrecht II § 71 I S. 453: "Vorsatz ist das Wollen des Erfolges in Kenntnis der Pflichtwidrigkeit"; ähnlich Enneccerus/Nipperdey II § 210 S. 1304. Art. 18 Abs. 2 StGB: "Vorsätzlich verübt ein Verbrechen oder ein Vergehen, wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt."

44 Oser/Schönenberger Art. 41 N. 63; ähnlich Becker Art. 41 N. 89; v.Tuhr/Siegwart I § 47 S. 367; Oftinger I 124; § 276 Abs. 1 Satz 2 BGB: "Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ausser acht lässt." Siehe auch Art. 18 Abs. 3 StGB.

45 v.Tuhr/Siegwart I § 47 S. 367: "Die Fahrlässigkeit bezieht sich oft darauf, dass der Täter einen Umstand nicht kannte, den er hätte kennen und berücksichtigen müssen."

Die Kenntnis bzw. Unkenntnis von gewissen Umständen ist somit ausschlaggebend für die Qualifikation der unerlaubten Handlung. Da jedoch im schweizerischen Zivilrecht fast ausnahmslos für absichtliche wie für fahrlässige Schädigung gehaftet wird[46], hat diese Unterteilung kaum eine praktische Auswirkung[47].

VI. Kenntnis einer Tatsache als Beginn einer Frist

Das OR kennt mehrere Tatbestände, bei welchen die Kenntnis von bestimmten Tatsachen den Lauf einer Frist in Gang setzen. Im Vordergrund steht die Verjährungsfrist des Art. 60 OR[48]. Danach verjährt der Anspruch auf Schadenersatz oder Genugtuung (neben der zehnjährigen Frist seit Beginn der schädigenden Handlung) in einem Jahr seit der Kenntnis des Geschädigten vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtes hat der Geschädigte erst Kenntnis vom Schaden im Sinne dieser Bestimmung, "wenn er die Beschaffenheit und die wesentlichen Merkmale, d.h. alle tatsächlichen Umstände kennt, die geeignet sind, eine Klage zu veranlassen und zu begründen. Ergibt sich das Ausmass des Schadens aus einem Sachverhalt, der sich noch weiter entwickelt, so beginnt die Verjährung nicht vor Abschluss dieser Entwicklung zu laufen"[49].

Auch bezüglich der Person des Ersatzpflichtigen muss die Kenntnis so gefestigt sein, dass sich "mit Aussicht auf Erfolg eine Klage anheben lässt"[50]. Bei der Verschuldenshaftung ist die Kenntnis vom Schädiger gleichdeutend mit der Kenntnis von der Person des Ersatzpflichtigen. In den Fällen, wo ohne Verschulden gehaftet wird, ist zum Beginn der Verjährungsfrist nicht bloss sichere Kenntnis des Schädigers Voraussetzung, sondern auch Kenntnis derjenigen Person, die wegen einer bestimmten Beziehung zum Schädiger – zum Beispiel wegen eines Anstellungsverhältnisses, Art. 55 OR – für den Schaden einstehen muss[51].

46 Vgl. Art. 41 Abs. 1 und Art. 99 Abs. 1 OR. Siehe immerhin Art. 41 Abs. 2 OR wo nur für absichtliche Schädigung, und Art. 753 Abs. 3 OR, wo nur für "wissentliches" (= absichtliches) Handeln gehaftet wird.

47 Eher von Bedeutung ist die Unterteilung in grobe und leichte Fahrlässigkeit, siehe z.B. Art. 100 Abs. 1 OR. Gemäss Art. 14 VVG ist die Haftung des Versicherers verschieden, je nachdem das Ereignis vom Versicherten oder Anspruchsberechtigten absichtlich, grobfahrlässig oder leichtfahrlässig herbeigeführt worden ist.

48 mit entsprechenden Bestimmungen für die AG (Art. 760 OR), die Genossenschaft (Art. 919 OR) sowie für einige Spezialgesetze (z.B. Art. 45 Bankengesetz, Art. 83 Abs. 1 SVG). Siehe auch Art. 31 Abs. 1 und 2 OR, Art. 67 Abs. 1 OR, Art. 201 OR; Art. 929 Abs. 2 ZGB; Art. 6 VVG.

49 BGE 96 II 41; 92 II 4 = Pra. 55 Nr. 132; 89 II 404 = Pra. 53 Nr. 44.

50 Oser/Schönenberger Art. 60 N. 13.

51 Becker Art. 60 N. 9; Oser/Schönenberger Art. 60 N. 13.

VII. Gewährleistung

Die in Art. 192 Abs. 1 bzw. Art. 197 OR aufgestellte Rechts- und Sachgewährleistungspflicht des Verkäufers fällt dahin, sofern der Käufer den Mangel zur Zeit des Kaufes gekannt hat, oder bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit hätte kennen sollen[52].

Der Grundgedanke von Art. 200 Abs. 1 OR ist folgender: Kauft der Käufer trotz Kenntnis des Mangels, so kauft er die Sache in dem ihm bekannten Zustand und der Verkäufer erfüllt durch Leistung der Kaufsache in dem Zustand, in dem sie dem Käufer bei Vertragsabschluss bekannt war. Der Ausschluss der Haftung ergibt sich auch daraus, dass anzunehmen ist, der Käufer genehmige die (mangelhafte) Ware, da er sie andernfalls ja nicht kaufen würde. Die positive Kenntnis des Käufers schliesst daher sowohl die Haftung des Verkäufers für arglistig verschwiegene Mängel, als auch für zugesicherte Eigenschaften aus[53].

Der Käufer ist grundsätzlich nicht verpflichtet, die Ware vor oder beim Vertragsabschlus zu prüfen[54], und die Unterlassung einer solchen Untersuchung kann noch nicht als Ausserachtlassung der gewöhnlichen Aufmerksamkeit gelten[55]. Er ist vielmehr berechtigt, sich auf die Angaben des Verkäufers zu verlassen[56]. Daher kommt es nicht darauf an, ob der Käufer die Mängel bei sorgfältiger Prüfung bei Kaufabschluss hätte erkennen können, sondern, ob sie bei blosser Inaugenscheinnahme erkennbar waren[57]. Es ist auch nicht ausschlaggebend, ob ein Sachverständiger den Mangel bei blosser Besichtigung hätte erkennen müssen, sondern ob dies bei der Person, die die Ware wirklich besichtigt hat, der Fall gewesen war[58].

Die Kenntnis des Käufers von Mängeln, für die der Verkäufer Gewähr zu leisten hat, spielt auch dann eine Rolle, wenn er sein Wissen erst nach Empfang der Ware erlangt. In einem solchen Falle hat der Käufer nach Art. 201 OR sofort dem Verkäufer Anzeige[59] zu machen, unabhängig

52 Art. 200 Abs. 1 und 2 OR, Art. 192 Abs. 2 OR. Was die Rechtsgewährleistung anbetrifft, so ist streitig, ob auch bei fahrlässiger Unkenntnis von der Gefahr der Entwehrung Gewähr zu leisten ist, wie hier Weiss 156 ff.; a.A. Oser/Schönenberger Art. 192 N. 15; v.Tuhr/Peter § 23 N. 41; siehe nun ausführlich Giger Art. 192 N. 50 ff.

53 Giger Art. 200 N. 10; a.A. Oser/Schönenberger Art. 200 N. 1.

54 Oser/Schönenberger Art. 200 N. 3; Becker Art. 200 N. 3; Giger Art. 200 N. 16.

55 u.U. können aber Verkehrssitte und besondere Umstände zu einer Besichtigung oder Erkundung Anlass geben.

56 Wenn der Gesetzgeber neben der Kenntnis auch die fahrlässige Unkenntnis für rechtserheblich erklärt, so soll dadurch nicht eine Pflicht angezeigt werden, die erforderliche Kenntnis zu erlangen, sondern es wird lediglich die Nichtkenntnis wie Kenntnis behandelt, weil der Begünstigte in gleichem Masse nicht als schutzwürdig erscheint.

57 Becker Art. 200 N. 3.

58 Giger Art. 200 N. 18.

59 Siehe § 2 bei N. 16.

davon, ob seine Kenntnis auf der rechtzeitigen Inspektion beruht, oder ob sie auf eine andere Weise erlangt wurde[60], ansonsten die gekaufte Sache als genehmigt gilt.

VIII. Die Bedeutung der amtlichen Veröffentlichungen und Register

Im Bereich des rechtlich relevanten Wissens nehmen amtliche Veröffentlichungen und Register eine bedeutende Stellung ein. Sie erfüllten alle eine Publikationsfunktion und tragen zur Erleichterung der Kenntnis(nahme) von Tatsachen, die für das Rechtsleben von Bedeutung sind, somit zur Sicherheit im Rechtsverkehr bei.

A. Die Aufgabe des Registers beschränkt sich aber nicht allein auf eine blosse Publikationsfunktion. Die Rechtsordnung legt je nach Zweck des Registers einer vorschriftgemäss vollzogenen Eintragung auch weitergehende Wirkungen bei. So stellt das Gesetz für das Grundbuch, das Handels- und das Güterrechtsregister die Fiktion auf, dass alle Eintragungen dem Publikum bekannt seien[61], da sie ja infolge der Öffentlichkeit der Register bekannt sein könnten. Das Gesetz supponiert gleichermassen ein Kennenmüssen für alle Eintragungen und schliesst den Einwand der Unkenntnis aus, auch wenn ein Eintrag dem Dritten tatsächlich unbekannt war[62].

Im übrigen können die Wirkungen dieser drei Register nicht auf eine einfache Formel gebracht werden, weil sie ja sehr verschiedenen Zwecken dienen[63]. Ein Registereintrag kann bald rechtsbegründend (konstitutiv), bald rechtsbekundend (deklaratorisch) sein, bald zugunsten der eingetragenen Person, bald zugunsten Dritter, bald negativer Art, indem das Nichteingetragene auch nicht zu Recht besteht, bald positiver Art, indem man sich auf eine Eintragung verlassen darf, auch wenn deren Inhalt der Wirklichkeit nicht entspricht.

Diese Verschiedenartigkeit der Wirkungen hat selbstverständlich auch Einfluss auf das rechtlich relevante Wissen im Verkehr. So kommt z.B. dem Wissen eines Dritten im Rahmen des selben Registers (Handelsregister)

60 Giger Art. 201 N. 5.

61 Beim Handels- und beim Güterrechtsregister erlangt ein Eintrag jedoch nur Rechtswirkungen gegenüber Dritten, wenn er veröffentlicht worden ist, siehe Art. 932 Abs. 2 OR und Art. 248 Abs. 1 ZGB.

62 Sog. qualifizierte Publikationsfunktion der Register: Art. 933 Abs. 1 OR: "Der Einwand, dass jemand eine Dritten gegenüber wirksam gewordene Eintragung nicht gekannt habe, ist ausgeschlossen", ebenso Art. 970 Abs. 3 ZGB. Sinngemäss für das Güterrecht: Art. 249 ZGB.

63 Siehe dazu E.Huber, Zum schweizerischen Sachenrecht, Bern 1914 S. 105 ff.

verschiedene Bedeutung zu, je nachdem ob der Eintrag deklaratorischer oder konstitutiver Natur ist. Im ersten Fall kann eine nicht eingetragene Tatsache dem Dritten entgegengehalten werden, wenn bewiesen wird, dass sie diesem bekannt war (Art. 933 Abs. 2 OR), im letzteren Fall kann eine nicht eingetragene Tatsache auch nicht einem Dritten gegenüber geltend gemacht werden mit dem Nachweis, diesem sei die Tatsache bekannt[64].

Beruft sich aber der Dritte auf einen Handelsregistereintrag, so muss er immer gutgläubig sein. Beim Güterrechtsregister dagegen wird gänzlich von den subjektiven Erfordernissen des Kennens oder Kennenmüssens abgesehen. Hier gilt einzig und alleine der Eintrag im Register gegenüber Dritten[65,66].

Weniger weit gehen die Wirkungen des Eigentumsvorbehaltsregisters (Art. 715 ZGB). Hier gibt es keine Kenntnispräsumption. Man ist nicht verpflichtet von entsprechenden Eintragungen Kenntnis zu haben, weshalb Drittpersonen dingliche Rechte an der dem Veräusserer nicht gehörenden Sachen erwerben können.

Hatte jedoch der Dritte den Eintrag gekannt, oder hätte er ihn kennen sollen, so wirkt der Eigentumsvorbehalt gegen ihn[67].

B. Die öffentliche Kenntnis wird wie eingangs erwähnt auch durch amtliche Veröffentlichungen (ohne Registereintrag) gefördert. Gewisse, von der zuständigen Behörde veröffentlichte Erklärungen haben gegenüber Dritten die selben einschneidenden Wirkungen wie ein Eintrag im Grundbuch, Handels- oder Güterrechtsregister. So wirkt die Publikation der Bevormundung (Art. 375 Abs. 3 ZGB), der Entziehung der Vertretungsbefugnis der Ehefrau (Art. 164 Abs. 2 ZGB) und das Verbot des Ehemannes auf Berufsausübung der Ehefrau (Art. 167 Abs. 3 ZGB) gegen jedermann: Vom

64 His, Kommentar zum schweizerischen ZGB, Obligationenrecht, Handelsregister, Geschäftsfirma und kaufmännische Buchführung, Bern 1940 Art. 933 N. 32.

65 Egger, Kommentar zum schweizerischen ZGB, Das Familienrecht, Das Eherecht, 2. Aufl., Zürich 1936, Art. 248 N. 8. Fehlt ein Eintrag, so entfaltet ein interner Ehevertrag auch keine Wirkung gegen Dritte, die von einer solchen Abmachung zwischen den Ehegatten wissen. Der Dritte kann sich sogar auf den Eintrag im Güterrechtsregister berufen, wenn er weiss, dass die Ehegatten unter sich einen neuen Güterstand vereinbart haben.

66 Für Details sei im übrigen auf die einschlägigen Kommentare zum Grundbuch, Handels- und Güterrechtsregister verwiesen, vor allem Homberger Art. 970 ff.; His (zit. N. 64) Art. 933 N. 1; Egger (zit. N. 65) Art. 248 N. 8 ff., sowie Jäggi Art. 3 N. 144 ff.

67 Siehe Haab/Simonius/Scherrer Art. 716 N. 72 ff., N. 129 ff.; Stark Art. 933 N. 53. BGE 56 II 186 f.: "Sans doute ne suffirait-il pas pour conclure que la défenderesse ne pouvait pas être de bonne foi, de retenir le fait que les pactes de réserve de propriété avaient été régulièrement inscrits dans le registre ad hoc, car, comme le Tribunal fédéral l'a déjà jugé (42 II 582), les tiers n'ont pas l'obligation de consulter ce registre. Il appartenait à la demanderesse de prouver que la défenderesse savait ou devait tout au moins savoir que les pressoirs n'appartenaient pas à la venderesse." Dazu Jäggi Art. 3 N. 125.

Zeitpunkt der Veröffentlichung an müssen sich auch Gutgläubige, d.h. diejenigen, die keine Kenntnis von einer solchen Erklärung haben, entgegenhalten lassen, sie hätten infolge der Publikation davon Kenntnis haben sollen[68]. Ebenso liegen die Verhältnisse beim Konkurs: Nach einer Konkursanzeige im SHAB ist jeder gutgläubige Erwerb von Sachen, die zur Konkursmasse gehören, ausgeschlossen[69]. Das Gesetz supponiert auch hier, dass jedem Dritten die Konkurseröffnung bekannt sei[70].

Die amtlichen Bekanntmachungen über Verluste von Inhaberpapieren (Art. 983, 986 OR) haben dagegen keine direkte rechtliche, sondern lediglich tatsächliche Wirkungen: Hier ist eine Publikation nicht mit der gesetzlichen Vermutung (präsumptio iuris et de jure) verbunden, dass jedermann die Veröffentlichung kenne. Das Aufgebot nach Art. 983 OR und die Veröffentlichung der Kraftloserklärung (Art. 986 Abs. 2 OR) schliessen grundsätzlich nur den guten Glauben beim Erwerber aus, wenn dieser die amtliche Veröffentlichung zur Kenntnis genommen hat, oder sie "bei der Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen von ihm verlangt werden darf", kennen sollte (Art. 3 Abs. 2 ZGB). Besonders aufmerksam müssen daher Erwerber sein, die sich gewerbsmässig mit dem Handel von Inhaberpapieren befassen. Die h.M.[71] nimmt sogar an, dass Bankier, Börsenmakler etc. dauernd zur Beobachtung der amtlichen Publikationen verpflichtet bleiben, also gegenüber dem Verlierer sich nie auf die Nichtbeachtung der Veröffentlichung berufen können[72].

Nachdem die amtliche Publikation des Urkundenverlustes nicht zur gesetzlichen Vermutung führt, dass jedermann die Veröffentlichung kenne, trifft dies um so weniger bei privaten Bekanntmachungen und polizeilichen Diebstahlsmeldungen zu[73]. Auch hier gelten die allgemeinen Gutglaubensgrundsätze (Art. 3 ZGB). Beachtenswert ist immerhin, dass die polizeilichen Verlustlisten und individuellen Verlustanzeigen für Erwerber, die gewerbs-

68 Huber (zit. N. 63) S. 97; Egger (zit. N. 65) Art. 164 N. 4; ders., Kommentar zum schweizerischen ZGB, Das Familienrecht, Die Verwandtschaft, 2. Aufl. Zürich 1948, Art. 375 N. 7; Lemp, Kommentar zum schweizerischen ZGB, Das Familienrecht, Das Eherecht, Bern 1963 Art. 164 N. 9, Art. 167 N. 15; Stark Art. 933 N. 58a.

69 Fritzsche II 41; Stark Art. 933 N. 61.

70 Die Veräusserung eines Grundstückes ist auch nichtig, wenn der Konkursit diese vor der Konkurspublikation, jedoch nach der Konkurseröffnung vornimmt: BGE 55 III 167, dazu Fritzsche II 42, wo er seine Auffassung der ersten Auflage korrigiert.

71 Jäggi, Kommentar zum schweizerischen ZGB, Obligationenrecht, Die Wertpapiere, Zürich 1959, Art. 971/72 N. 241; Homberger Art. 935 N. 6; BGE 25 II 847.

72 Umgekehrt schliesst der Umstand, dass der Titel zur Zeit des Erwerbes nicht aufgeboten war, den bösen Glauben nicht schlechthin aus, Jäggi (zit. N. 71) Art. 971/72 N. 238; BGE 80 II 243; siehe auch BGE 83 II 126 ff.

73 Siehe die Zusammenstellung der zusätzlichen behördlichen und privaten Veröffentlichungen bei Jäggi (zit. N. 71) Art. 971/72 N. 236.

mässig Handel mit Inhaberpapieren betreiben, die selbe Wirkung wie eine amtliche Publikation im SHAB entfalten können. Auch in diesem Falle können sich Banken, Börsenmakler etc. nicht auf ihre Unkenntnis berufen, da das geforderte Durchschnittsmass an Aufmerksamkeit für sie grundsätzlich auch die Konsultation der Polizeizirkulare und u.U. sogar der privaten Sperrlisten einschliesst[74,75].

74 Jäggi (zit. N. 71) Art. 971/72 N. 243; ZBJV 83 79 ff.; ZR 37 Nr. 94; siehe auch Weiss 141.

75 Auch im Bereiche des Versicherungsvertragsrechtes kommt einer rein privaten Bekanntmachung äusserst weitgehende Bedeutung zu. So erklärt die h.M., dass ein Versicherer den Inhalt der zwischen den Kranken- und Lebensversicherungsgesellschaften zur Kontrolle künftiger Versicherungsanträge ausgewechselten Ablehnungslisten kennen müsse, Roelli 134; Keller 163.

§ 4 *Die Theorien über das Wesen der juristischen Person und deren Auswirkungen auf das rechtserhebliche Wissen von Personenverbänden*

Es ist hier nicht der Ort, Entstehung und Entwicklung des Instituts der juristischen Person darzustellen[1]. Auch braucht hier nicht die Entwicklung der verschiedenen Theorien zur juristischen Person im einzelnen nachgezeichnet zu werden; sie hat eine Reihe profunder Darstellungen erhalten[2]. Die folgenden Äusserungen haben lediglich zum Ziel, die wesentlichen Gegensätze der beiden bedeutendsten historischen Theorien und deren Auswirkung auf das rechtlich relevante Wissen der juristischen Person aufzuzeigen.

I. Die Fiktionstheorie

Die stark vom römischen Recht beeinflusste Fiktionstheorie[3] ist das Kind des Individualismus[4]. Sie geht vom Grundsatz aus: "Jeder einzelne Mensch und nur der einzelne Mensch ist rechtsfähig[5]." Seinetwillen ist das Recht da, und nur der Mensch kann wahrhaft Rechtsubjekt sein. Der wahre Begriff des Rechtssubjektes und jener der menschlichen Person decken sich. Da es aber auch Zwecke gibt, deren Erreichung über die Möglichkeiten und Interessen des Einzelnen hinausgehen und nur von einer Mehrheit natürlicher Rechtssubjekte erfüllt werden kann, wird im positiven Recht ein Rechtssubjekt künstlich geschaffen. Die Rechtsfähigkeit wird aus rechtspolitischen Gründen gewissen Verbänden verliehen, d.h. es entstehen "künstliche, durch blosse Fiktion angenommene Subjekte. Ein solches Subjekt nennen wir eine juristische Person, d.h. eine Person, welche bloss zu juristischen Zwecken

1 Siehe dazu L. Schnorr von Carolsfeld, Geschichte der juristischen Person, 1. Band, München 1933 (Neudruck 1969).

2 So vor allem H.J. Wolff, Organschaft und juristische Person, Band I, Juristische Person und Staatsperson, Berlin 1933, sodann H. Rhode, Juristische Person und Treuhand, Berlin 1932, S. 29-64; F. Rittner, Die werdende juristische Person, Tübingen 1973 S. 180 ff.

3 Ihre hauptsächlichsten Vertreter: F.C. v.Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Berlin 1840 Band II § 85 ff. S. 235 ff.; Puchta, Pandekten, 8. Aufl. Leipzig 1856 § 25 ff. S. 41 ff.; Windscheid, Lehrbuch der Pandekten, 7. Aufl. 1891 § 57 S. 139 ff.; Schlossmann, Die Lehre von der Stellvertretung, 2 Bände 1900/1902, derselbe, Organ und Stellvertretung, in Jherings Jb. 44 289.

4 Egger, Vor. Art. 52 ff. N. 11. Savigny II. § 60 S. 2: "Alles Recht ist vorhanden um der sittlichen, jedem Menschen innewohnenden Freiheit willen."

5 Savigny II. § 60 S. 2.

angenommen wird[6]." Die Personenverbände sind somit keine tatsächlichen Gebilde, sondern nur Gedankenkonstruktionen, "des Vermögens fähige künstlich angenommene Subjekte"[7].

Zitelmann[8] fasst den Gedankengang der Fiktionstheorie folgendermassen zusammen:

1. Kein Recht ohne Subjekt.
2. Subjekt der Rechte ist nur der Mensch.
3. Nun ist aber die Existenz von verkehrsfähigen Rechtskomplexen ohne physisches Subjekt eine Tatsache und auch eine unbedingte Forderung des Verkehrs.
4. Es gibt und muss also geben Vermögen, die tatsächlich herrenlos sind.
5. Mithin liegt hier ein Konflikt zwischen der Rechtslogik und den Tatsachen, resp. den realen Bedürfnissen vor.
6. Das fehlende Rechtssubjekt wird also durch Fiktion ersetzt.

Ein bloss fingiertes, nicht wirklich existierendes Rechtssubjekt hat logischerweise keinen Willen, es ist nicht handlungsfähig. "Handlungen setzen ein denkendes und wollendes Wesen, einen einzelnen Menschen voraus, was eben die juristischen Personen als blosse Fiktionen nicht sind[9]." Die fehlende Handlungsfähigkeit wird künstlich durch das Mittel einer regelmässigen Vertretung ersetzt. Personenverbände nehmen deshalb am Rechtsverkehr durch handlungsfähige Menschen (Stellvertreter) teil, die für sie tätig werden. Nur die Wirkungen der Handlungen dieser physischen Personen und nicht die Handlungen selbst werden – ähnlich wie bei handlungsunfähigen natürlichen Personen – der juristischen Person angerechnet. Da jedoch Stellvertretung nur für Rechtsgeschäfte, nicht auch für unerlaubte Handlungen denkbar ist, leugnet die Fiktionstheorie die Haftung der juristischen Person für rechtswidriges schuldhaftes Handeln ihrer Vertreter: Der Verband ist deliktsunfähig[10].

Mit der Verneinung der Handlungsfähigkeit der juristischen Person wird dieser logischerweise auch die Fähigkeit abgesprochen, von gewissen Umständen Kenntnis zu haben. Als blosses Gedankending ist der Verband weder wissend noch nichtwissend[11]. Sein Wissenszustand beurteilt sich nach der Bewusstseinslage seines Vertreters, welche ihm angerechnet wird.

6 Savigny II. § 85 S. 236.
7 Savigny II. § 85 S. 239.
8 E. Zitelmann, Begriff und Wesen der sogenannten juristischen Persone, Leipzig 1873 S. 14.
9 Savigny II. § 90 S. 282.
10 Savigny II. § 94 f. S. 310 ff.
11 "Wissen, überlegen, fühlen, wünschen, sehnen, träumen, hoffen, glauben bleibt eigenster Besitz des Individuums", Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1905 S. 41.

II. Die Organtheorie

Nach der Organtheorie[12] (auch Realitäts- oder Genossenschaftstheorie genannt) beschränkt sich der Begriff "Person" nicht auf das menschliche Individuum, sondern umfasst auch den organisierten Verband[13]. Die Verbandsperson ist eine wirkliche und volle Person gleich der Einzelperson, jedoch im Gegensatz zu dieser eine zusammengesetzte Person[14]. Sie ist "gleich dem Individuum eine leiblich-geistige Lebenseinheit"[15].

Die Verbandsperson ist also kein totes Begriffsding, keine künstliche Person, die der Vertretung durch andere Personen bedarf, sondern "ein lebendes Wesen, das als solches will und handelt"[16].

Die Verbandspersonen betätigen sich in ihrer unsinnlichen Einheit durch sog. Organe; durch diese tritt die unsichtbare juristische Person in Erscheinung, und zwar unmittelbar, "wie die Einzelperson in der Rede des Mundes oder der Bewegung der Hand"[17]. Bei dieser "Vertretung" kann jedoch nach Gierke von einer Vertretung einer Person durch eine von aussen her in ihren Dienst gestellte andere Person, von einem nur der Wirkung nach übertragenen Wollen und Handeln für Andere, von einer Repräsentation eines Ganzen durch ein ihm geschlossen gegenüber stehendes gleichwertiges Ganzes nicht mehr die Rede sein. Die Verbandsperson besitzt vielmehr in jedem Organ ein Stück seiner selbst, es deckt sich als wollende und handelnde Persönlichkeit vollkommen mit dem dabei fungierenden Organ, es wird als Ganzes durch den Teil insoweit dargestellt, als eben durch diesen Teil das einheitliche Leben des Ganzen sich vollzieht[18].

Als reale Gesamtperson, deren einheitliches Gemeinleben sich durch Organe betätigt, ist die Körperschaft nicht nur rechtsfähig sondern auch handlungsfähig. "Die Willens- und Handlungsfähigkeit der Körperschaft gilt uns als eine in und mit ihrer Persönlichkeit gegebene Wirklichkeit[19]." Bei der

12 Begründet von Georg Beseler, Volksrecht und Juristenrecht, 1. Aufl. 1847, durch eingehende dogmatische und historische Untersuchungen entwickelt und weiter ausgebaut, Otto v. Gierke, Das Deutsche Genossenschaftsrecht, 3 Bände, Berlin 1868-1881, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887, Deutsches Privatrecht, Bd. I, Leipzig 1895; Das Wesen der menschlichen Verbände, Leipzig 1902. Siehe dazu auch Zitelmann (zit. N. 8); F. Regelsberger, Pandekten Bd. 1 1893 § 75-81; P. Laband in AcP 73 (1888) 161 ff., H. Preuss in Jherings Jb. 44 429 ff.

13 Die Organtheorie sucht im Gegensatz zur Fiktionstheorie sowohl den juristischen Personen des öffentlichen als auch des Privatrechts gerecht zu werden.

14 Gierke, Privatrecht I 470.

15 Gierke, Das Wesen der menschlichen Verbände 12.

16 Gierke, Privatrecht I 472.

17 Gierke, Privatrecht I 472.

18 Gierke, Genossenschaftstheorie 624.

19 Gierke, Genossenschaftstheorie 608.

juristischen Person entsteht ein real existierender, von den Individualwillen verschiedener Verbandswille, ein einheitlicher und beständiger Gemeinwille, der "die Seele der Verbandsperson"[20] bildet.

Die Anerkennung eines realen Gesamtwillens hat unter anderem auch die Delikts- und Straffähigkeit des Verbandes zur Folge. Die juristische Person wird für die unerlaubten Handlungen ihrer Organe verantwortlich.

Konsequenterweise muss der juristischen Person bei der Annahme eines selbständigen Verbandswillen auch die Fähigkeit zugesprochen werden, von gewissen rechtserheblichen Tatsachen Kenntnis zu erlangen, ansonsten sie gar keinen eigenen Willen bilden könnte. Der realen Gesamtperson wird deshalb nicht nur ein einheitlicher Gesamtwille, sondern auch ein einheitliches Gesamtbewusstsein zuerkannt: "... sie (die juristische Person) wird durch die hierfür geeigneten Organe in einen rechtswirksamen Zustand des eigenen Wissens oder Nichtwissens versetzt, ohne dass eines der Verhältnisse vorzuliegen braucht, in denen die Stellvertretung als Willensvertretung sich zugleich auf eine durch den Zusammenhang bedingte Vertretung im Wissen erstreckt. Denn als reale Gesamtperson entbehrt die Gemeinheit so wenig des einheitlichen Gemeinbewusstseins wie des einheitlichen Gemeinwillens. Die Rechtsordnung aber verleiht diesem Gemeinbewusstsein insoweit juristische Bedeutung, als sie das Wissen oder Nichtwissen bestimmter Bewusstseinsorgane unmittelbar der Gesamtperson selbst zuschreibt. In diesem Sinne ist die Körperschaft als solche des guten und bösen Glaubens fähig, vermag eine Kenntnis zu erlangen, kann sich im Irrtum befinden ..."[21]

20 Gierke, Genossenschaftstheorie 611.

21 Gierke, Genossenschaftstheorie 627 f., siehe auch S. 698 und Privatrecht I 519.

§ 5 *Das Wesen der juristischen Person nach schweizerischem und deutschem Recht*

I. Im schweizerischen Recht[1]

A. Nach der Literatur

Wenn die schweizerische Lehre sich im Theorienstreit über das Wesen der juristischen Person nach Egger[2] eher in Zurückhaltung übte, so heisst dies, dass sie keine eigenen Ideen (Theorien) entwickelte und hartnäckig verfocht. Nichtsdestoweniger befasste sie sich natürlich mit diesem Problem, schloss sich aber einfach der einen oder anderen Theorie an[3].

Dass vor Erscheinen der wegweisenden Arbeit Gierkes "Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtssprechung"[4] – die den Theorienstreit auf breiter Basis in Bewegung setzte – die Fiktionstheorie von der Lehre vertreten wurde, ist selbstverständlich. Allmählich begann jedoch das Gedankengut Gierkes auch in der Schweiz namhafte Anhänger zu finden[5].

Nach der Annahme des ZGB durch die beiden Räte[6], bzw. dessen Inkrafttreten[7] verlor der eigentliche Theorienstreit in der Schweiz an Bedeutung. Nun stellte sich vielmehr die neue Frage, auf welcher Theorie das ZGB aufgebaut sei.

Der Schöpfer des ZGB, Eugen Huber, war ohne Zweifel ein Anhänger der Realitätstheorie. Es ist daher auch nicht verwunderlich, dass mehrheitlich jene Postulate verwirklicht worden sind, die von der Realitätstheorie ausgingen. Neben persönlichen Anhängern der Organtheorie[8] vertraten anfänglich selbst Gegner dieser Auffassung die Ansicht, das ZGB führe die Theorie der Realität der Personenverbände durch[9].

Allmählich begann sich jedoch die Meinung in der Schweiz durchzusetzen, dass das Gesetz weder die eine noch die andere (klassische) Theorie in ihrer

1 Siehe zum folgenden vor allem: Bilge 20 ff.; Bovay 35 ff., 96 ff.; Grossen 144 ff.; Will 34 ff.
2 Egger vor Art. 52 ff. N. 13.
3 Grossen 144.
4 Erscheinungsjahr 1887.
5 z.B. Huber, Hafter.
6 10. Dezember 1907.
7 1. Januar 1912.
8 z.B. Hafter, vor Art. 52 ff. N. 1, ebenso in ZSR 25 65.
9 Martin in Sem. jud. 1915, 528 f.; Rossel/Mentha I 122; siehe auch Egger, 1. Aufl. S. 178 e); Tuor, 1. Aufl. S. 88 f.; Oser/Schönenberger Art. 55 N. 4; Steinbrüchel 12, 41. Reichel 199: "Es verdient kein Lob, dass der schweizerische Gesetzgeber sich von gewissen Postulaten der Gierkschen Genossenschaftstheorie dergestalt hat ins Schlepptau nehmen lassen." F. Wieacker, zur Theorie der Juristischen Person des Privatrechtes in Festschrift für E.R. Huber, Göttingen 1973, S. 371 N. 95.

reinen Ausgestaltung übernommen habe[10]. Soweit sich die Lehre überhaupt noch mit der Frage über das Wesen der Personenverbände auseinandersetzte[11], bezeichnete sie die juristische Person vorwiegend als "réalité technique", als Abstraktion[12].

Die heute herrschende Meinung ist sich nun darin einig, dass gewisse Sätze lediglich darum gelten, weil sie im Gesetz ausdrücklich enthalten sind und nicht, weil sie Ausfluss einer theoretischen Grundauffassung sind[13]. Sie kam zur Erkenntnis, dass wissenschaftliche Begriffe und Axiome für die Beurteilung von Einzelfällen wenig hergeben, dass hier vielmehr Einsicht in die jeweiligen Interessen und Wertung im Vordergrund stehen[14,15].

B. Nach der Rechtsprechung

Die Auffassung des Bundesgerichtes über das Wesen der juristischen Person basierte bis im Jahre 1905 auf der Theorie der Fiktion[16]. Im Jahre 1905 stellte sich in einem Ehrverletzungsprozess die Frage, "ob eine juristische Person auf Grund von Art. 55 altOR wegen ernstlicher Verletzung persönli-

10 Bovay 128: "Le C.C.S. ne donne aucune indication nette d'une notion doctrinale à laquelle il faudrait se rapporter dans l'application de la loi. Il apparaît, dans ses dispositions général sur les personnes morales, comme pouvant se fonder sur diverses théories relativement à la nature de celles-ci. (...) Sous l'empire du C.C.S., le théoricien est donc autorisé à construire comme il lui plaira (dans de certaines limites celà va sans dire), le phénomène juridique de la personnalité." Ebenso Bilge 23; Egger vor Art. 52 ff. N. 13. Bereits Thormann in ZBJV 36 (1899) 494: "Der Entwurf sieht davon ab, uns eine Definition der "juristischen Person" zu geben, und damit zu beurkunden, welcher Theorie er sich anschliesse. Und dies wohl mit Recht!"

11 v.Tuhr (I 464) vertritt z.B. die Ansicht, dass die Verbandstheorien nach dem Eingreifen des Gesetzgebers sich gänzlich erübrigen, ebenso Steinbrüchel 22 ff.

12 Statt vieler Guhl in ZBJV 62, 124; Egger vor Art. 52 ff. N. 11 und 12; Rossel/Mentha I 124; Bilge 18 ff.; Stoffel 149 ff.; Germann, Grundlagen der Rechtswissenschaft, Bern 1950, S. 103.

13 Egger vor Art. 52 ff. N. 11; Tuor/Schnyder 108; Bilge 21 ff.; Germann (zit. N. 12) 103; Meier-Hayoz/Forstmoser 46; Bucher Art. 11 N. 46.

14 Egger vor Art. 52 ff. N. 11; Tuor/Schnyder 108, Grossen 155.

15 Selbst wenn der historische Gesetzgeber eine Theorie tatsächlich zu seiner machen wollte, müsste das Gesetz heute aus sich selbst heraus, losgelöst von dessen Willen, interpretiert werden, h.M. Tuor/Schnyder 33; Oftinger in SJZ 63, 358 f.; Burckhardt, Einführung 217; Germann, Probleme und Methode der Rechtsfindung, 2. Auflage, Bern 1967 S. 75 f.; BGE 81 II 282; 87 III 94; 100 II 57 E. 2a; nun kritisch Meier-Hayoz Art. 1 N. 151 ff. namentlich 166; Deschenaux 83 ff.

16 Siehe die Zusammenstellung der entsprechenden Entscheide bei Bovay 35. Immerhin scheint sich das Bundesgericht bereits im Jahre 1894 mit den Gedanken der Organtheorie auseinandergesetzt zu haben, siehe BGE 20 1123 ff.

cher Verhältnisse, insbesondere wegen Beleidigung, klageberechtigt ist"[17]. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass die Rechtsfähigkeit der juristischen Person nicht nur hinsichtlich des Vermögens bestehe und dass neben dem Recht auf den Namen, dem Markenrecht, dem Erfinderrecht, dem Urheberrecht auch das Recht auf Achtung, auf Geltung der Persönlichkeit, gleich der physischen Person, zuerkannt werde und gestützt auf Art. 55 altOR Entschädigung verlangt werden könne.

Nachdem das höchste Gericht festgestellt hatte, dass nur die Organtheorie auf einer richtigen Erfassung des Wesens der juristischen Person beruhe und sich den Erscheinungen des Lebens gegenüber gewachsen und zureichend zeige, bejahte es ausdrücklich die Deliktsfähigkeit von Verbänden[18,19]. Anhand der ausführlichen Begründung dieser beiden im Jahre 1905 ergangenen Entscheide lässt sich erkennen, dass das Bundesgericht seine Meinung über das Wesen der juristischen Person grundlegend geändert und die Fiktionstheorie durch die germanistische Organtheorie ersetzt hat[20].

Nach Inkrafttreten des ZGB ging das Bundesgericht dann dazu über, nur noch gewisse Folgen der Organtheorie – gestützt auf eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung – anzuwenden[21].

Dass das Bundesgericht die Gierksche Organtheorie jedoch nicht in ihrer letzten Konsequenz angewendet haben wollte, zeigt vor allem auch seine Stellungnahme zum Problem der strafrechtlichen Deliktsfähigkeit und der Glaubens- und Gewissensfreiheit von Personenverbänden. So heisst es in einem Entscheid aus dem Jahre 1915, bei welchem die (strafrechtliche) Deliktsfähigkeit der juristischen Person zur Diskussion stand, nachdem diese in konsequenter Anwendung der Organtheorie in der kantonalen Instanz bejaht worden war: "la vie, la volonté, la conscience d'une personne morale sont d'un tout autre ordre que celles d'une personne physique; il est impossible de les ramener à un processus physiologique et psychologique se déroulant dans l'être collectif lui-même; ce n'est pas en lui, c'est dans les

17 BGE 31 II 246.
18 BGE 31 II 711 f.
19 Irgendwelche Bedenken, dass das positive Recht (OR vom 1.1.1883) der Anwendung der Organtheorie entgegenstünde, wurden in diesem Entscheid ausdrücklich als unbegründet zurückgewiesen, BGE 31 II 714.
20 Ebenso Bovey 44; Bilge 24; Stoffel 150; Will 34. Bis zum Inkrafttreten des ZGB war die Organtheorie ja auch die einzige Grundlage, gestützt auf welche man die Deliktsfähigkeit und Verletzbarkeit der Persönlichkeit der juristischen Person anerkennen konnte, siehe auch BGE 32 II 518 Erw. 2.
21 Siehe z.B. zur Deliktsfähigkeit der juristischen Person (Art. 55 Abs. 2 ZGB): BGE 41 II 77 ff.; 44 II 132 ff.; 48 II 146 ff.; 51 II 528 Erw. 3; 54 II 254; 55 II 27; zum Persönlichkeitsschutz (Art. 28/29 in Verbindung mit Art. 53 ZGB): BGE 83 II 254 und 90 II 343 je mit Zitaten.

êtres humains qui sont des organes que se trouve le siège des perceptions et des volitions qui lui sont attribuées comme étant les siennes propres ... seuls les organes de l'association peuvent donc être punis pour les actes commis par eux au nom de l'association"[22,23].

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass auch das Bundesgericht (seit Inkrafttreten des ZGB) nicht konsequent eine bestimmte klassische Theorie über das Wesen der juristischen Person angewendet hat[24]. Es anerkennt zwar die zivilrechtliche Deliktsfähigkeit der juristischen Person, dies jedoch nicht, weil es die Organtheorie befolgen will, sondern weil das positive Recht die Deliktsfähigkeit in Art. 54/55 ZGB aus Billigkeitsgründen vorsieht[25].

Anderseits schliesst es die Berufung der juristischen Person auf die Glaubens- und Gewissensfreiheit nicht als Konsequenz der Fiktionstheorie aus, sondern weil der Korporation nach der Natur der Sache dieses Freiheitsrecht (Art. 49 BV) nicht zustehen kann[26].

II. Im deutschen Recht

A. Nach der Literatur

Obwohl, oder gerade weil die harten Auseinandersetzungen um das Wesen der juristischen Person vorwiegend durch deutsche Rechtsgelehrte geführt wurden (Savigny, Gierke, Zitelmann, Brinz etc.), wollte der deutsche Gesetzgeber dem BGB nicht eine einzige Theorie zugrunde legen[27]. Man

22 BGE 41 I 214. Von dieser Auffassung wird bis heute nicht abgewichen, BGE 85 IV 100: "Schuldfähig ist nur der Mensch, nicht eine juristische Person, da dieser naturgemäss die psychischen Eigenschaften, die Voraussetzung der Zurechnungsfähigkeit und damit der Schuldfähigkeit sind, fehlen", ebenso 90 IV 115 ff.

23 Siehe zur Glaubens- und Gewissensfreiheit bei Personenverbänden BGE 52 I 115, zuletzt 102 Ia 468 ff.

24 Ebenso Bilge 26; Grossen 148.

25 In diesem Sinne muss wohl auch die etwas missverständliche Formulierung in BGE 48 II 7 interpretiert werden: "Aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes geht hervor, dass bei der Aufnahme der Art. 54 und 55 ZGB und der darin liegenden Anerkennung der Organtheorie (?) dem Gesetzgeber in erster Linie das Ziel einer billigen Haftungsverteilung durch ausdrückliche Feststellung der Deliktsfähigkeit der juristischen Person vor Augen stand."

26 BGE 102 Ia 470/78.

27 Im Protokoll der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des BGB (1897) wird auf Seite 509 hervorgehoben: "Bei der Annahme der in dem Eventualantrag 5 b vorgeschlagenen Fassung des zweiten Satzes ("Der Vorstand hat die rechtliche Stellung eines gesetzlichen Vertreters") war der Gesichtspunkt leitend, dem Missverständnis zu begegnen, dass der Entwurf bezüglich des Wesens der juristischen Person einer bestimmten Theorie folge ... Die Entscheidung der Konstruktionsfrage, ob die juristische Person ein handlungsfähiges Wesen sei und durch ihre Organe sich im Verkehr betätige oder ob sie handlungsunfähig sei und deshalb einer Vertretung bedürfe, solle der Wissenschaft überlassen bleiben" ...

war sich grundsätzlich einig, dass ein Gesetz weder die Aufgabe noch die Möglichkeit hat, zu so tiefgreifenden begrifflichen Problemen Stellung zu nehmen[28].

Diese Haltung des Gesetzgebers muss nun geradezu ein Ansporn für neue wissenschaftliche Abhandlungen über das Wesen der juristischen Person gewesen sein, erschienen doch kurz nach Inkrafttreten des BGB im Jahre 1900 mehrere Arbeiten, die sich eingehend mit diesem Problem auseinandersetzten[29].

Die neueren Kommentare und Publikationen messen diesem Theorienstreit geringe oder gar keine praktische Bedeutung mehr zu. Örtmann[30] sieht in Einzelsätzen des Gesetzgebers Hinweise für eine bestimmte Theorie (z.B. § 31 BGB für die Organtheorie), von denen aber nicht auf die eine oder andere Theorie generell geschlossen werden dürfe. Auch nach Denecke[31] ist der Theorienstreit für die Praxis ohne wesentliche Bedeutung: "Denn das BGB hat Organisationen, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen (Vereine, Genossenschaften, Aktiengesellschaften, GmbH, Stiftungen, Anstalten) als Rechts- und Willenssubjekte anerkannt; die Handlungen und Willenserklärungen ihrer verfassungsmässigen Organe gelten als solche der juristischen Person, diese muss deren Willenserklärungen als ihre gesetzliche Vertretung gegen sich gelten lassen (§ 26) und für deren Handlungen haften (§ 31, 86, 89)."

Schultze-v.Lasaulx[32] sieht in diesen Theorien höchstens bildhafte Erklärungswerte. "Ist man sich dessen bewusst, so wird wenigstens die Körperschaft, auch soweit sie Rechtsfähigkeit erlangt hat, durch die Theorie der Verbandspersönlichkeit oder die von ihr abgeleitete Theorie der Zweckpersonifikation am einleuchtendsten erklärt. Vor allem in ihrer speziellen Deutung des Vorstandes (als Organtheorie im Gegensatz zur Vertretertheorie) vermag sie zu überzeugen. Im übrigen sind aber diese Theorien für die Rechtsanwendung ebenso unbedeutend wie für ein Verständnis des Begriffes "juristische Person"[33].

28 vgl. Örtmann, allg. Teil 80.
29 z.B. Chr. Meurer, Die Juristische Person nach deutschem Reichsrecht (1901); Schlossmann, Organ und Stellvertreter, und Preuss, Stellvertretung oder Organschaft? in Jherings Jb. 44 289 ff. bzw. 429 ff. (1902); Hölder, Natürliche und juristische Personen (1905); Binder, Das Problem der juristischen Persönlichkeit (1906).
30 Örtmann, allg. Teil 80.
31 Denecke in RGRK-BGB Vor. § 21 N. 1.
32 Soergel/Schultze-v.Lasaulx Vor. § 21 N. 16.
33 Siehe auch René David und Ulrich Drobnig in La personnalité morale et ses limites. Etude de droit comparé et de droit international public, Paris 1960 S. 3 ff. und 27 ff.; Müller-Freienfels in AcP 156 529; Larenz AT § 9 I; Rittner 180 ff. namentlich 225.

Es zeigt sich somit, dass auch die deutschen Rechtsgelehrten nun davon ausgehen, dass dem positiven Recht keine einheitliche Theorie über das Wesen der juristischen Person zugrunde gelegt wurde[34], und dass dem Theorienstreit des 19. Jahrhunderts für die heutige Praxis geringe oder gar keine Bedeutung mehr zukommt[35]. Wenn die deutsche Doktrin heute von juristischer Person spricht, so meint sie einen juristischen technischen Ausdruck, dazu verwendet um zu umschreiben, dass ein überindividuelles Wesen, ausgestattet mit einer bestimmten Organisation, von der Rechtsordnung als Rechtssubjekt anerkannt wird[36].

B. Nach der Rechtsprechung[37]

Die höchste deutsche Rechtsprechung hat sich meines Wissens in keinem Entscheid ausdrücklich für eine Theorie über das Wesen der juristischen Person ausgesprochen. Das RG stützt sich zum Beispiel bei der Frage der Haftung der Korporation allein auf § 31 BGB, ohne je auf das Wesen der juristischen Person Bezug zu nehmen. Auch als das RG zum ersten Male den Namensschutz (§ 12 BGB) auf juristische Personen ausdehnte, machte es dies an Hand einer Interpretation des Gesetzes und nicht auf Grund einer bestimmten Theorie: "Was zunächst den § 12 BGB anlangt, so gehört er allerdings nach seiner Stellung im System des Bürgerlichen Gesetzbuches zu den unter der Betitelung "Natürliche Personen" zusammengefassten Gesetzesvorschriften und erst der nachfolgende Titel handelt von den "juristischen Personen". Allein der Wortlaut gestattet und die Gleichheit des Gesetzeszweckes erfordert eine Ausdehnung dieser Vorschrift auf den Namen der juristischen Person[38]."

34 Siehe dazu auch Will 44; Baumann 291.

35 Neuerdings dazu kritisch: Claus Ott, Recht und Realität der Unternehmenskorporation, Tübingen 1977 S. 36 ff.

36 vgl. z.B. Staudinger/Coing, Einl. N. 2 vor § 21; Drobnig (zit. N. 33) S. 28; Müller-Freienfels in AcP 156 529; H.J. Wolff (zit. § 4 N. 2) S. 229 f.

37 Siehe dazu ausführlich Will 12 ff.

38 RGZ 74 115.

III. Zusammenfassung

Die vorangehenden Ausführungen über das Wesen der juristischen Person im schweizerischen und deutschen Recht haben klar gezeigt, dass sowohl Lehre als auch Rechtsprechung in beiden Rechtsordnungen sich nie konsequent für eine bestimmte Theorie ausgesprochen haben. Somit können wir an Hand der Theorien über das Wesen der menschlichen Verbände allein nichts für die vorliegende Frage nach dem rechtlich relevanten Wissen der juristischen Person herleiten. Aber auch die von der h.M. übernommene Erkenntnis, dass gewisse Rechtsätze nur deshalb gelten, weil sie ausdrücklich im Gesetz vorgesehen sind und nicht, weil sie Ausfluss einer bestimmten Theorie sind, kann uns nicht direkt weiter helfen, da ja gerade im positiven Recht keine Bestimmung über die Wissensfähigkeit der juristischen Person zu finden ist. Ich werde mich im folgenden dennoch mit dem positiven Recht auseinanderzusetzen haben; dies in der Meinung, dass z.B. die Bestimmungen über die Handlungsfähigkeit auch für die Lösung des vorliegenden Problemes etwas hergeben sollten. Bevor ich mich jedoch dem Problem der Rechts- und Handlungsfähigkeit der juristischen Person zuwenden werde, werde ich noch kurz den heutigen Stand der Literatur und Rechtsprechung bezüglich des rechtlich relevanten Wissens der juristischen Person darstellen.

2. Teil: Die verschiedenen Lehrmeinungen

§ 6 *Die Lehrmeinungen bezüglich Organträger*

Das Problem des rechtlich relevanten Wissens im Rahmen der Tätigkeit einer juristischen Person wurde bis heute kaum auf breiter Basis[1], sondern höchstens an Hand von Teilproblemen (z.B. in Untersuchungen über gut- und bösgläubigen Erwerb) behandelt[2]. Dabei lassen sich grundsätzlich zwei gegensätzliche Auffassungen feststellen, die (in ihrer extremsten Ausgestaltung) letztlich wohl Ausfluss der beiden (Haupt)theorien über das Wesen der juristischen Person, der Organ- und der Fiktionstheorie[3], sind.

I. Die Theorie der absoluten Wissensvertretung[4]

Die konsequente Anwendung der Grundsätze der Organtheorie auf "Wissenstatbestände" (§ 3) führt zur sogenannten absoluten Wissensvertretung. So lesen wir bei Gierke: "Als reale Gesamtperson entbehrt die Gemeinheit so wenig des einheitlichen Gemeinbewusstseins wie des einheitlichen Gemeinwillens[5]." "Es bedarf ... das Nichtwissen sämtlicher Gesellschafter, damit die Gesellschaft Dritten gegenüber den Einwand der Unkenntnis erheben kann. Die Gesellschaft kann sich daher nur auf den gutgläubigen Besitz berufen, wenn bei Besitzerwerb *jeder* Gesellschafter in gutem Glauben war ... Eine kollektive Einheit, wie sie der Vorstand bildet, wird eben durch jeden ihrer Träger bösgläubig[6]."

Zum selben Ergebnis kommt Reichel in seiner Schrift über den gutgläubigen Fahrniserwerb[7] (ohne sich direkt auf die Organtheorie zu berufen): "Eine Korporation ist bösgläubig, wenn im entscheidenden Moment auch nur eines ihrer abstrakt vertretungsberechtigten Organe bösgläubig ist. Ob dieses Organ allein vertretungsberechtigt oder nur gesamtvertretungsberechtigt ist, darauf kann nichts ankommen. Nicht minder einflusslos ist, ob dieses Organ bei dem konkreten Geschäftsschluss, für den die Gutgläubigkeit eine Rolle spielt, positiv mitwirkt, oder bloss passiv assistiert oder überhaupt unbeteiligt ist[8]."

1 Siehe neulich: Reichwein SJZ 66 1 ff.; Baumann 284 ff.
2 vgl. Wilhelm Will, Der gutgläubige Erwerb juristischer Personen.
3 Siehe vorne § 4 I., II.
4 Siehe vorne Einleitung N. 5.
5 Gierke, Genossenschaftstheorie 672.
6 Gierke, Genossenschaftstheorie 585.
7 Reichel 201 ff.
8 Nach Reichels Auffassung soll mit dieser Regelung u.a. der Situation vorgebeugt werden, dass eine juristische Person, deren Verwaltungsrat bösgläubig ist, sich den guten Glauben bei Erwerbsgeschäften durch Tätigwerden gutgläubiger Unterorgane verschaffen kann.

A. Die deutsche Doktrin ist dieser Auffassung der absoluten Wissensvertretung – soweit erkennbar[9] – weitgehend gefolgt, sei es durch analoge Anwendung der Bestimmungen über die Passivvertretung auf Wissenstatbestände a), sei es mit ähnlichen Überlegungen wie Reichel b), oder gestützt auf den "allgemeinen Grundsatz des Körperschaftsrechts" (Organtheorie) c).

Zu a) Die Frage des rechtlich relevanten Wissens der juristischen Person wurde vor allem in älteren Kommentaren mit einem einfachen Hinweis auf die Passivvertretung[10] "gelöst": "Die Vorschrift des § 28 Abs. 2 darf auf alle Wissenstatbestände des Vereins überhaupt angewendet werden, so dass das Wissen eines Vorstandsmitgliedes für die Annahme der Redlichkeit oder Unredlichkeit des Sachbesitzes ... als genügend zu erachten ist[11]."

Zu b) Im viel zitierten Urteil aus dem Jahre 1935 will das Reichsgericht das Wissen jedes Organmitgliedes vor allem deshalb der juristischen Person zugerechnet haben, damit nicht gutgläubige Vertreter beim Abschluss eines Rechtsgeschäftes vorgeschoben werden können, lässt aber auch Gedanken der Organtheorie anklingen: "Es liegt in der Natur der Sache begründet, dass das Wissen jedes einzelnen, der im entscheidenden Zeitpunkt gesetzlicher Vertreter ist, der juristischen Person oder Gesellschaft innewohnt. Darauf, ob das einzelne Organmitglied bei dem gerade in Betracht kommenden Geschäft als Vertreter mitgewirkt hat, kommt es nicht an. Die Gesellschaft kann die durch ihren Organteil vorhandene Kenntnis nicht bei einem Einzelgeschäft nach Belieben oder Zufall abstreifen[12]."

Zu c) Vor allem die neuere Literatur und Judikatur bekennt sich aufgrund der "heute herrschenden Organtheorie"[13] zur Theorie der absoluten Wissensvertretung: "Bereits aus der Organstellung der Vorstandsmitglie-

9 So schreibt zum Beispiel Richardi in einem Aufsatz, welcher immerhin mit "Die Wissensvertretung" überschrieben ist (AcP 169 388), ohne Verweis auf Literatur und Rechtsprechung: "Eine juristische Person kann nur durch ihre Organe handeln. Deren Wille ist ihr Wille, deren Wissen folglich ihr Wissen." Ähnlich Möller 9 N. 11: "Dass eine juristische Person als wissend gilt, sobald ihr Organ die fragliche Kenntnis besitzt, ist selbstverständlich."

10 § 28 Abs. 2 BGB (ebenso § 78 Abs. 2 AktG): "Ist eine Willenserklärung dem Verein gegenüber abzugeben, so genügt die Abgabe gegenüber einem Mitglied des Vorstandes." Dieser Abs. 2 ist zwingend, siehe § 40 BGB.

11 vgl. z.B. Staub/Pinner, Komm. zum Handelsgesetzbuch, 12. und 13. Aufl., Berlin 1926, § 232 N. 13; Schlegelberger/Quassowski, § 71 N. 18, siehe aber N. 19; Will 67 ff.; Plank, Komm. zum BGB, 4. Aufl. Berlin 1913, § 28 N. 3; v.Tuhr I 529; RGZ 53, 230; 59, 408; ebenso Staudinger/Coing § 28 N. 10; Enneccerus/Nipperdey I § 109 S. 658 N. 27; BGHZ 20 153.

12 JW 1935 2044; daraus zitierend oder darauf verweisend, z.B. Meyer-Landrut in Grosskomm. AktG § 78 N. 21, siehe aber 1. Aufl., § 71 N. 22; Kuhn in RGRK-BGB vor § 164 N. 5, § 166 N. 10, einschränkend aber Denecke § 28 N. 2; Staudinger/Berg § 932 N. 28, BGHZ 41, 287.

13 Siehe vorne S. 37.

der folgt, dass Kenntnis oder Kennenmüssen einer Tatsache seitens eines Vorstandsmitgliedes der Gesellschaft als ihr Kennen oder Kennenmüssen zugerechnet wird" ... "Gelegentlich vertretene Einschränkungen, wonach nur Kenntnis oder Kennenmüssen des jeweils an einem Geschäft mitwirkenden oder ihm zustimmenden oder zumindest darüber informierten Vorstandsmitgliedes der Gesellschaft zuzurechnen sei, sind letztlich auf den Rechtsgedanken des § 166 BGB zurückzuführen, wonach Willensmängel, Kenntnis oder Kennenmüssen nicht des Vertretenen, sondern des Vertreters relevant sind. Diese Überlegung aber passt bei Organen nicht[14]."

B. Die Theorie der absoluten Wissensvertretung begründete Reichel in seiner oben erwähnten Schrift auch für das schweizerische Recht[15]. Die schweizerische Doktrin hat zum Teil diese Konzeption telle qu'elle übernommen[16]. Auch das Bundesgericht verweist in einem Urteil aus dem Jahre 1930 in seiner Begründung ausdrücklich auf Reichel[17]. Im vorliegenden Fall verkaufte eine Firma B. der Kollektivgesellschaft H. & Co. zwei hydraulische Pressen unter Eigentumsvorbehalt bis zur vollständigen Bezahlung des Kaufpreises. Dieser Eigentumsvorbehalt wurde ins Register eingetragen. Im folgenden wandelte man die Kollektivgesellschaft H. & Co. in eine AG um, wobei H. Direktor wurde. Darauf verkaufte die AG, vertreten durch H. die Pressen an eine Genossenschaft, für welche der Vizepräsident Z. und H. als Direktor kollektiv zeichneten. Nachdem über diese beiden Gesellschaften der Konkurs eröffnet worden war, verlangte die Firma B., dass die Pressen aus der Konkursmasse ausgeschieden würden. Der Entscheid hing somit davon ab, ob die Genossenschaft beim Kauf der Pumpen gutgläubig war (Art. 714 Abs. 2, 933 ZGB). Dies wurde verneint und das Wissen des H. – obwohl er nur kollektivzeichnungsberechtigt war – der Genossenschaft mit folgenden Argumenten zugerechnet: "... L'art. 55 CC dispose, en effet, que la volonté de la personne morale s'exprime par ses organes et que ceux-ci

14 Mertens in Köl.Komm. § 76 N. 12, 13; ebenso Hefermehl in Gessler/Hefermehl/Eckhardt/Kropff § 78 N. 69; Schilling in Hachenburg § 35 N. 8a; BGH in WM 1959 81 ff. und in Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen Bd. 9 331 mit zustimmender Anmerkung von Paulick S. 322.

15 Reichel 201; Reichel äussert sich noch zweimal zu diesem Thema (SJZ 16 39; 17 245) und verteidigt zugleich seinen Standpunkt gegen aufkommende Kritik von Egger (ZSR 1917 479) und Bader (SJZ 17 244).

16 vgl. Leemann Art. 714 N. 38, Art. 884 N. 78; Funk Art. 718 N. 2; Sonntag in SAG 22 (1949/50) 165; Zimmermann, Grundfragen der Stellung der Verwaltungsratsmitglieder, Direktoren und Prokuristen der AG, in Die AG im neuen OR, Heft 9 (1946) 15; Keller 92; F. v.Steiger (3. Auflage) 235 N. 255, ebenso 4. Aufl. 241 N. 255, jedoch mit Hinweis auf Reichwein; Jenny 59. Siehe auch W. v.Steiger Art. 811 N. 18.

17 BGE 56 II 188 = Pra. 19 Nr. 174; ebenso in einem nur in ZR 31 276 abgedruckten Entscheid.

l'obligent par leurs actes juridiques et par tous autres faits, ce qui revient à dire que la volonté exprimée par le ou les organes compétents de la personne morale agissent en cette qualité, est opposable à la personne morale elle-même. Or s'il en est ainsi de la manifestation de la volonté, on ne voit pas de raison pour qu'il n'en soit pas de même de la connaissance que l'organe pourrait avoir de tel ou tel fait. Si cet organe est constitué par un seul individu et que ce dernier ne puisse se prétendre de bonne foi à raison de la connaissance qu'il aurait de certain fait, il n'est pas douteux, que cette connaissance serait opposable à la personne morale qu'il représente et que celle-ci ne pourrait non plus arguer de sa bonne foi. Mais la même solution s'impose dans le cas oû l'organe est composé de plusieurs individus. La volonté de la personne morale ne pouvant, par le fait même des choses, s'exprimer que par l'organe comme tel, c'est-à-dire étant nécessairement *une*[18], sa bonne foi suppose la bonne foi de tous ceux qui sont censés vouloir pour elle. Il suffit donc que l'un des individus qui composent l'organe de la personne morale ne puisse se prévaloir de sa bonne foi pour exclure la bonne foi de la personne morale elle-même (cf. Reichel, Gutgläubigkeit beim Fahrniserwerb; Grünhut's Zeitschrift, Vol. 42 p. 201)."

Auch Jäggi scheint sich zur kompromisslosen Ansicht Reichels zu bekennen[19], wenn er schreibt[20]: "Besteht ein Organ aus mehreren Personen oder gibt es mehrere (geschäftsführende) Organe (Verwaltungsrat, Direktion), so schliesst der böse Glaube (im umschriebenen Sinn, N. 138) auch nur einer Organperson den guten Glauben der juristischen Person aus, und zwar nicht nur, wenn der Bösgläubige nach aussen auftritt, sondern auch dann, wenn er bei einer internen Beschlussfassung (z.B. im Verwaltungsrat) mitwirkte, diese nur vorbereitete oder sich gar davon fernhielt." Hierbei darf jedoch nicht übersehen werden, dass Jäggi in der erwähnten Note 138 den Vertretenen nicht schon bei Kenntnis des Rechtsmangels als bösgläubig bezeichnet, sondern nur dann, wenn er zur massgebenden Zeit überdies weiss oder wissen sollte, dass sein Vertreter (gutgläubig) den Rechtsmangel gerade für ihn ausnützt[21]!

18 In der Amtlichen Sammlung hervorgehoben.
19 Diese Meinung vertritt Pfister 85 N. 293.
20 Jäggi Art. 3 N. 141.
21 Unklar Deschenaux § 21 S. 225: "Besteht ein Organ aus mehreren Personen oder bestehen mehrere (Verwaltungs)organe, so genügt der böse Glaube einer einzigen Person, um den guten Glauben der juristischen Person auszuschliessen."

II. Die von allgemeinen Vertretungsgrundsätzen ausgehende Theorie ("Vertretertheorie")

Die zweite Lehrmeinung geht grundsätzlich davon aus, dass nur das Wissen des am konkreten Rechtsgeschäft beteiligten Organmitgliedes der juristischen Person zugerechnet werde. Die Vertreter dieser Ansicht sehen in der juristischen Person offensichtlich keine reale Persönlichkeit im Sinne der Organtheorie. Betrachtet man nämlich die Korporation als fiktives Wesen ohne "einheitliches Gemeinbewusstsein", ohne "einheitlichen Gemeinwillen", die nur durch Vertreter am Rechtsleben teilnehmen kann, so gelangt man konsequenterweise zur Auffassung, dass, auch wo es auf das Wissen der juristischen Person ankomme, grundsätzlich nur das Wissen des am konkreten Rechtsgeschäft beteiligten Vertreters rechtliche Bedeutung für die juristische Person erlangen könne. Die "Wissensvertretung" beschränkt sich hier auf das Verhältnis zwischen dem einzelnen Vertreter und der Korporation. Eine (automatische) Übertragung der Kenntnis eines Vertreters auf einen andern Vertreter wird verneint. Der Vertreter einer juristischen Person unterscheidet sich demzufolge nicht vom Stellvertreter einer natürlichen Person und das Problem der Wissensvertretung erfährt in beiden Fällen die selbe Lösung[22].

A. Im deutschen Recht wird in § 166 BGB ausdrücklich geregelt, auf wessen Kenntnislage es bei der rechtsgeschäftlichen Stellvertretung ankommt (siehe näheres hinten S. 46). Vereinzelte Autoren wollen nun diese Bestimmung nicht nur auf die rechtsgeschäftliche, sondern auch auf die organschaftliche Vertretung angewendet haben: "Soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch Willensmängel oder durch die Kenntnis oder Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflusst werden, kommt es nach § 166 auf die Vorstandsmitglieder an, die für die Gesellschaft gehandelt haben[23]." Die

22 Siehe dazu § 7 I. und § 9 IIA.

23 Schlegelberger/Quassowski § 71 N. 19; siehe auch Soergel/Schultze-v.Lasaulx § 26 N. 7, § 166 N. 4 und 19; Staudinger/Coing § 166 N. 2; Will 44 f.; eingehend nun Baumann 290. Andere Autoren wenden sich gegen die Theorie der absoluten Wissensvertretung, ohne auf § 166 BGB zu verweisen, z.B. Godin/Wilhelmi § 78 N. 6; Erich Brodmann, Komm. zum Aktienrecht, Berlin 1928 § 232 N. 5. Ausdrücklich gegen die Anwendung von § 166 BGB im Rahmen der organschaftlichen Stellvertretung: Mertens in Köl.Komm. § 76 N. 13; Hefermehl in Gessler/Hefermehl/Eckhardt/Kropff § 78 N. 69.

Anhänger dieser Auffassung sind jedoch eindeutig in der Minderheit und die Theorie der absoluten Wissensvertretung muss für Deutschland als die herrschende Meinung bezeichnet werden[24].

B. Die Theorie der absoluten Wissensvertretung in der Form wie sie Reichel propagierte, stiess in der Schweiz auf verschiedene Kritiker. Schon im Jahre 1920 setzte sich das Handelsgericht des Kantons Zürich eingehend mit dem Standpunkt Reichels auseinander[25] und kam zum Schluss, dass dessen Ansicht zu weit gehe[26]: "Grundsätzlich kommt es darauf an, ob diejenigen vertretungsberechtigten Personen, welche die juristische Person bei Geschäftsabschluss vertreten haben, in gutem Glauben gewesen sind oder nicht." Auch Stark geht offenbar von Stellvertretungsgrundsätzen aus[27], wenn er schreibt, dass der gute Glaube nur bei demjenigen Organ vorhanden sein müsse, das sich mit dem Erwerb der Sache in seiner Eigenschaft als Organ zu befassen habe. Der böse Glaube einer Person, die in ihrer Stellung als Organ der erwerbenden juristischen Person mit dem Erwerb nichts zu tun habe, hindere den Eintritt der Rechtsfolge von Art. 933 ff. ZGB nicht.

Die überwiegende Zahl von Schweizer Autoren, die sich zum Thema der Wissensvertretung bei der AG äussern, bekennt sich weder kompromisslos zur Theorie der absoluten Wissensvertretung, noch halten sie an der ausschliesslichen Anwendbarkeit der Stellvertretungsgrundsätze fest. Die meisten anerkennen die These, dass das Wissen eines einzelnen Mitgliedes des zuständigen Organs als Wissen der juristischen Person gilt als Grundsatz, machen aber gegenüber der Theorie der absoluten Wissensvertretung in ihrer letzten Konsequenz gewisse Einschränkungen[28].

24 gl.M. Baumann 285; weniger bestimmt Reinhardt in Gedächtnisschrift für Rudolf Schmidt, 1966 S. 117 f.: "Mag noch für die verfassungsmässig berufenen Vertreter einer juristischen Person der Satz gelten, dass ihre Kenntnis oder grobfahrlässige Unkenntnis ohne weiteres der juristischen Person als solcher zugerechnet wird, ..." Nach Müller-Freienfels (S. 416 N. 7) setzt sich das Reichsgericht mit seinem Entscheid aus dem Jahre 1935 (JW 1935 2044) in Widerspruch zu der herrschenden Auffassung im deutschen Schrifttum.

25 Die klagende Partei stützte sich auf ein Gutachten von Reichel.

26 ZR 20 Nr. 27 S. 51 ff.

27 Stark Art. 933 N. 78; ebenso Rossel/Mentha 132; Bader SJZ 17 246: "In den erstgenannten Fällen (Vertragsabschluss) ist die juristische Person dann gutgläubig, wenn das vertretungsberechtigte Organ derselben, das die betreffende Rechtshandlung vornimmt, sich dabei in gutem Glauben befindet. Die Bösgläubigkeit aller übrigen Organe, die an der betreffenden Rechtshandlung nicht teilnehmen, schadet nicht. In den letztgenannten Fällen (speziell Ersitzung) dagegen hängt der gute Glaube der juristischen Person vom guten Glauben aller vertretungsberechtigten Organe der juristischen Person ab."

28 Oftinger Art. 884 N. 360 a.E.; Homberger Art. 933 N. 36; Egger Art. 54/55 N. 17; Ribi 194; Guisan 114; Feger 24; Stoffel 158 ff.; Schultz SJZ 17 119 f.; Schucany Art. 718 N. 3; nun vor allem Reichwein SJZ 66 1 ff.

So wird z.T. die Bösgläubigkeit eines Organträgers der juristischen Person nicht zugerechnet, wenn dieser bei einem Geschäftsabschluss ausschliesslich als Gegenkontrahent auftritt und für die juristische Person (selbständig) ein anderes vertretungsberechtigtes (gutgläubiges) Organ handelt[29]. Die Organeigenschaft des Gegenkontrahenten wird in einem solchen Fall somit ausgeschlossen. Dieses Vorgehen setzt aber voraus, dass die Tätigkeit einer Person beim selben Geschäft in organschaftliches und individuelles Verhalten aufgeteilt werden kann[30].

Eine weitere Ausnahme vom Grundsatz, dass die Korporation als bösgläubig zu gelten habe, wenn auch nur einer ihrer abstrakt vertretungsberechtigten Organträger bösgläubig sei, wird insofern gemacht, als das Wissen eines weder am Rechtsgeschäft mitwirkenden noch davon wissenden Organmitgliedes der juristischen Person nicht zugerechnet wird. Nach Egger ist die Bösgläubigkeit eines abstrakt Vertretungsberechtigten dann für die Korporation irrelevant, wenn "dieser erwiesenermassen um das Geschäft nicht wusste"[31].

Oftinger rechnet die Bösgläubigkeit von Mitgliedern des zuständigen Organes dann der juristischen Person nicht zu, wenn diese "von der fraglichen Verpfändung weder etwas zu wissen noch sich damit zu befassen haben"[32]. Er stellt somit nicht nur auf das effektive Wissen eines Organmitgliedes von einem Geschäftsabschluss ab, sondern bezeichnet eine Korporation auch dann schon als bösgläubig, wenn ein von einer rechtlich relevanten Tatsache wissendes Organmitglied vom Abschluss eines Geschäftes hätte wissen müssen[33]. Im Übrigen verweist er auf den Einzelfall[34] (Art. 4 ZGB).

29 Egger Art. 54/55 N. 17, aber a.A. Art. 3 N. 9; Oftinger Art. 884 N. 360 a.E.; Homberger Art. 933 N. 36; Stoffel 159, alle mit dem Verweis auf ZR 20 Nr. 27 S. 51 ff.; Schultz über dieses Urteil referierend, SJZ 17 119.

30 Die Gegenmeinung verneint die Möglichkeit, die Person des Vertreters in zwei Hälften zu spalten, von denen die eine Veräusserer, die andere Organ des Erwerbers, die eine schlecht-, die andere gutgläubig ist, Reichel 203, 248, ders., SJZ 16 39; Jäggi Art. 3 N. 141.

31 Egger Art. 54/55 N. 17; ebenso Homberger Art. 933 N. 36; Schultz SJZ 17 120; Ribi 194; siehe auch unveröffentlichtes Urteil des Bundesgerichtes vom 31. Januar 1919 in Sachen Kistenfabrik Zug AG gegen Uttinger und dazu Reichel in SJZ 17 246.

32 Oftinger Art. 884 N. 360 a.E.

33 Siehe auch Jäggi Art. 3 N. 141 in Verbindung mit N. 138.

34 Oftinger Art. 884 N. 360 a.E.; ebenso Jäggi Art. 3 N. 141; Stoffel 169; Pfister 87.

§ 7 *Die Lehrmeinungen bezüglich Stellvertreter und anderer Hilfspersonen*

Eine juristische Person kann nicht nur durch ihre gesetzlichen oder statutarischen Organe (Art. 55 ZGB, § 26 Abs. 2 BGB), sondern wie jede natürliche Person auch durch gewillkürte Vertreter rechtsgeschäftlich handeln[1]. Es gelten dann nicht die speziellen Regeln der organschaftlichen Vertretung, sondern die allgemeinen obligationenrechtlichen Bestimmungen über die Stellvertretung (Art. 32 OR ff., § 164 ff. BGB).

Im weiteren nehmen neben Organmitgliedern und mit Vollmacht ausgestatteten Vertretern auch noch andere Personen für eine juristische Person am Rechtsverkehr teil, wenn auch nicht durch rechtsgeschäftliches, sondern nur durch tatsächliches Handeln. Es stellt sich daher die Frage, wieweit das Wissen der Stellvertreter und der nur mit tatsächlichen Machtbefugnissen ausgerüsteten Hilfspersonen der vertretenen (juristischen) Person[2] zugerechnet wird.

I. Bei rechtsgeschäftlichen Stellvertretern

A. Was das "Wesen der Vertretung" anbetrifft, so wird die sogenannte "Repräsentationstheorie" sowohl in Deutschland als auch in der Schweiz als herrschende Meinung anerkannt[3]. Nach der Repräsentationstheorie kommt das Rechtsgeschäft in der Person des Vertreters zustande; er bildet und erklärt den Willen[4]. Die Wirkungen des Geschäftes aber treffen nur den Geschäftsherrn und der Rechtskreis des Vertreters selbst bleibt unberührt.

1 Tuor/Schnyder 110; v.Tuhr/Siegwart I § 43 S. 328; Stoffel 154; F. v.Steiger 242 N. 260; Mertens in Köl.Komm. § 78 N. 44; Hefermehl in Gessler/Hefermehl/Eckhardt/Kropff § 78 N. 76, 84; Godin/Wilhelmi § 78 N. 2.

2 Die selben Probleme stellen sich selbstverständlich auch bei natürlichen Personen, die sich Stellvertretern und anderer Hilfspersonen bedienen.

3 Oser/Schönenberger, Vor. Art. 32-40 N. 12 f.; Stoffel 54, 56; Moser in Festschrift zur Fünfzigjahresfeier der Handelshochschule St.Gallen 1949 S. 385; BGE 42 II 651. Kuhn in RGRK-BGB Vor. § 164 N. 3; Staudinger/Coing Vor. § 164 N. 12; Enneccerus/Nipperdey § 182 II S. 1115 f.; Soergel/Schultze-v.Lasaulx Vor. § 164 N. 9 ff. mit Verweis auf kritische Stellungnahmen.

4 Die von Savigny (III § 113) begründete "Geschäftsherrentheorie" geht davon aus, dass allein der Wille des Geschäftsherrn die Rechtsfolgen erzeugt. Die Anhänger der sogenannten "Vermittlungstheorie" (L. Mitteis, Die Lehre von der Stellvertretung, 1885 S. 109 ff.; Lenel in Jherings Jb. 36 15 ff.) vertreten dagegen die Ansicht, dass der Prinzipal als Vollmachtgeber mit dem Vertreter zusammen die Rechtsfolgen herstellt.

Somit verteilen sich Tatbestand und Wirkung des Rechtsgeschäftes ausnahmsweise auf zwei Personen. "Der Tatbestand des Rechtsgeschäfts verwirklicht sich in der Person des Vertreters; die Wirkungen erfolgen in der Person des Vertretenen[5]."

Auch die einschlägigen Gesetzesbestimmungen (Art. 32 OR, § 164 BGB) verweisen klar auf die Repräsentationstheorie, da sie vom Vertragsabschluss durch den Vertreter und nicht durch den Vertretenen oder beide sprechen.

Das deutsche Recht kennt in § 166 Abs. 1 BGB eine positive Bestimmung, die (ganz im Sinne der Repräsentationstheorie) die Frage regelt, auf wessen Kenntnis es bei der rechtsgeschäftlichen Stellvertretung ankomme: "Soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch Willensmängel oder durch die Kenntnis oder das Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflusst werden, kommt nicht die Person des Vertretenen, sondern die des Vertreters in Betracht." Der schweizerische Gesetzgeber hat es unterlassen, einen Artikel dieser Art ins Gesetz aufzunehmen. Auf Grund der allgemeinen Bestimmungen über die Stellvertretung (Art. 32 ff. OR), die wie erwähnt auf die Repräsentationstheorie schliessen lassen, wird es aber als selbstverständlich angesehen, dass die Frage der Willenseinigung nach der Person des Vertreters beurteilt wird und dass das Wissen des Vertreters, seine Willensmängel stets relevant und somit dem Prinzipal zuzurechnen sind[6], wobei die Art der Vollmacht (General- oder Spezialvollmacht) ohne Bedeutung ist[7].

Ist bei Abschluss eines Rechtsgeschäftes durch einen Stellvertreter dessen Bewusstseinslage unbestrittenermassen von ausschlaggebender Bedeutung, so ist im weitern abzuklären, wieweit der Kenntnis des Vertretenen rechtliche Bedeutung zukommt. Würde man nämlich das Wissen des Vertretenen einfach für unbeachtlich erklären, und nur auf die Bewusstseinslage des Vertreters abstellen, so bestünde die Gefahr, dass z.B. der Bösgläubige durch Vorschieben eines Vertreters leicht das Privileg des gutgläubigen Rechtserwerbs erschleichen könnte.

Das deutsche Recht löst auch dieses Problem durch ausdrückliche Normierung: "Hat im Falle einer durch Rechtsgeschäft erteilten Vertretungsmacht (Vollmacht) der Vertreter nach bestimmten Weisungen des Vollmachtgebers gehandelt, so kann sich dieser in Ansehung solcher Umstände, die er selbst kannte, nicht auf die Unkenntnis des Vertreters berufen. Dasselbe gilt von Umständen, die der Vollmachtgeber kennen musste, sofern das Kennenmüssen der Kenntnis gleichsteht" (§ 166 Abs. 2 BGB).

5 v.Tuhr II 2 337.

6 Becker Art. 32 N. 14; Oser/Schönenberger Art. 32 N. 32; v.Tuhr/Siegwart I § 41 S. 307; Jäggi Art. 3 N. 137; Stoffel 57 ff.; Haab/Simonius/Scherrer Art. 714 N. 58; BGE 26 II 468; 36 II 130 f.; 56 II 105; HG des Kantons Zürich in ZR 69 Nr. 95.

7 Stoffel 59 ff.

Dieser zweite Abs. von § 166 ist in der Lehre auf heftige Kritik gestossen[8] und auch das Reichsgericht vertritt die Meinung, dass der Ausdruck "nach bestimmten Weisungen des Vollmachtgebers" tunlichst weitherzig auszulegen sei, ansonsten man in vielen Fällen zu durchaus unbefriedigenden Ergebnissen komme[9]. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn der Prinzipal sich vom Geschäftsleben zurückzieht, dem Stellvertreter eine Generalvollmacht erteilt und diesen frei schalten und walten lässt. Nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes kann so ein bösgläubiger Prinzipal durch einen gutgläubigen Vertreter gestohlene Wertpapiere, von denen er weiss, dass sie gestohlen sind, zu Eigentum erwerben[10].

Die Lösung der gleichen Frage hat der schweizerische Gesetzgeber wiederum dem Schrifttum und der Rechtsprechung überlassen. Dieses Vorgehen ermöglichte es, die Unzulänglichkeiten des § 166 Abs. 2 BGB zu erkennen und entsprechende Konsequenzen zu ziehen[11]. Es überrascht daher nicht, dass die heute h.M. in der Schweiz sich nicht der Lösung des § 166 Abs. 2 BGB anschliesst[12], sondern z.B. die Gutglaubenswirkungen grundsätzlich nur eintreten lässt, wenn sich sowohl der Vertreter als auch der Vertretene in gutem Glauben befinden[13,14].

Dies ist insofern bemerkenswert, als auch erklärte Anhänger der Repräsentationstheorie, nach welcher bekanntlich einzig und allein auf das Wollen und Handeln des Vertreters abzustellen ist, gleichfalls der Bewusstseinslage des Vertretenen Bedeutung beimessen[15]. Sie greifen in ihrer Begründung

8 Reichel 241; Stoffel 66; Staudinger/Coing § 166 N. 16; siehe vor allem Müller-Freienfels 396 ff.

9 RG in JW 1916 317 f.; siehe nun auch BGHZ 50 368.

10 So Staudinger/Coing § 166 N. 16.

11 Reichel 210: "Da die Gesetze sich nicht aussprechen, so stehen sie der richtigen Behandlung nicht im Wege."

12 Ansonsten werden Stellvertretungsfragen von beiden Rechtsordnungen weitgehend gleich gelöst, Müller-Freienfels 408.

13 Becker Art. 32 N. 16; Oser/Schönenberger Art. 32 N. 32; Oftinger Art. 884 N. 360; Homberger Art. 933 N. 35; Leemann Art. 714 N. 37; Ostertag Art. 933 N. 27; Haab/Simonius/Scherrer Art. 714 N. 58; Reichel 240; Guisan 113; Künzli 39 f.; Stoffel 70 und Pfister 79 je mit weiteren Nachweisen; Jäggi Art. 3 N. 138; Deschenaux 225; Stark Art. 933 N. 75; BGE 26 II 469; 37 II 130 f. – Egger macht eine Ausnahme, wenn der Stellvertreter ganz ohne Zutun des Vertretenen handelt; ähnlich Hegetschweiler 41; a.A. v.Tuhr/Siegwart I § 44 S. 338 in Anlehnung an § 166 BGB.

14 Ebenso kann sich der Prinzipal bei einem Geschäft nicht auf den Irrtum des Vertreters berufen, wenn ihm die wahre Sachlage bekannt ist (Oser/Schönenberger Art. 32 N. 30). Zu Art. 200 OR siehe Giger Art. 200 N. 9.

15 Siehe dazu Müller-Freienfels 411 f.; Stoffel (S. 63) sieht darin keinen Widerspruch zur Repräsentationstheorie.

dann auch nicht auf das "Wesen der Vertretung" zurück, sondern verweisen auf den Grundsatz von Treu und Glauben[16].

B. Eine juristische (oder natürliche) Person kann sich auch von einer Mehrheit von Personen (i.S. von Art. 32 ff. OR) vertreten lassen. Struktur und Beschaffenheit dieser Mehrheit können sehr verschieden sein und es ergeben sich daher auch wesentliche Unterschiede für die rechtliche Beurteilung[17]:

1. Es ist möglich, dass ein Prinzipal (eine juristische Person) zur Erledigung mehrerer in sich abgeschlossener Aufgaben mehrere rechtsgeschäftliche Vertreter heranzieht, jedem einzelnen aber nur Vollmacht für einen spezifischen Aufgabenbereich zuteilt, welcher dieser selbständig erledigen kann. Es fehlt somit auf der persönlichen wie auf der sachlichen Seite an einer Verbindung zwischen den Vertretern.

2. Bei einer Mehrheit von Stellvertretern können die verschiedenen Vollmachten aber auch das selbe Rechtsgeschäft zum Gegenstand haben. Mit andern Worten sind zur Vornahme ein und desselben Rechtsgeschäftes gleichzeitig mehrere Personen selbständig als Einzelvertreter bevollmächtigt worden. Hier besteht somit auf der sachlichen Seite eine Verbindung zwischen den Vertretern. In einem solchen Fall spricht man von Solidarvollmachten.

3. Schliesslich kann die Vollmacht zur Vornahme eines Rechtsgeschäftes mehreren Personen zusammen erteilt werden und zwar in dem Sinne, dass nur ein gemeinschaftliches Handeln der Vertreter den Vertretenen berechtigt und verpflichtet. Massgebend ist also nicht der Wille des Einzelnen, sondern nur der gemeinsame Wille der Mehreren, die alle zusammen beim Abschluss des betreffenden Rechtsgeschäftes mitwirken müssen. In diesem Falle besteht auf sachlicher und persönlicher Seite eine Verbindung zwischen den Vertretern; es liegt eine sogenannte Gesamt- oder Kollektivvollmacht vor.

Literatur und Rechtsprechung äussern sich in diesen Fällen, wo eine Mehrheit von Vertretern für einen Prinzipal tätig werden, in der Frage, auf wessen Bewusstseinslage es ankommt, folgendermassen:

– Bei der unter Punkt 2 beschriebenen Einzel- oder Solidarvertretung kommt es nur auf die Bewusstseinslage des das Rechtsgeschäft abschlies-

16 Oser/Schönenberger Art. 32 N. 30 mit Hinweis auf Art. 25 Abs. 1 OR; Egger Art. 3 N. 9, ders. in Festgabe für Carl Wieland, Missbrauch der Vertretungsmacht S. 48: "Der Logik des Vertretungsrechtes entspricht es, dass die Willensmängel und die Gutgläubigkeit sich nach der Person des Stellvertreters bestimmen – die Billigkeit fordert als unerlässliche Ergänzung, dass auch auf den einschlägigen Befund beim Vollmachtgeber abgestellt werde."

17 Zum folgenden Springer 20 ff.

senden Vertreters an. Die Bewusstseinslage der am Geschäftsabschluss nicht beteiligten Vertreter ist irrelevant, auch wenn sie grundsätzlich das selbe Geschäft auch selbständig hätten abschliessen können[18,19].

- Bei der Kollektivvertretung genügt es, dass die Kenntnis oder das Kennenmüssen in der Person eines Kollektivvertreters vorliegt, damit diejenigen rechtlichen Wirkungen eintreten, die die Rechtsordnung im einzelnen Fall an das Kennen oder Kennenmüssen gewisser Tatsachen knüpft[20].

II. Bei Personen, die nur mit tatsächlicher Machtbefugnis ausgestattet sind

Bei der rechtsgeschäftlichen Stellvertretung wird in Analogie zur "Willenszurechnung" auch die Bewusstseinslage des Vertreters dem Prinzipal angerechnet. Fehlt es aber an einer durch Rechtsgeschäft erteilten Vertretungsmacht, so liegt die Annahme nahe, dass das Wissen des "Vertreters" für den Vertretenen bedeutungslos ist[21], da es ja an einer Zurechnungsgrundlage (Vollmacht) mangelt. "Allen Personen, deren Machtbefugnisse qualitativ nicht so weit gehen, dass sie einen andern im Willen vertreten können, muss auch die Befugnis abgesprochen werden, diesen andern im Wissen zu vertreten[22]."

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz wird z.T. beim Vermittlungsmakler aus Billigkeitsgründen gemacht[23]. Dieser ist zwar nicht Stellvertreter, da ihm die Abschlussvollmacht fehlt; seine Aktivität in Bezug auf das Zustandekom-

18 v.Tuhr/Siegwart I § 44 S. 337 f.; Stoffel 77; Reichwein SJZ 66 1; wohl auch Pfister 82 N. 280; Soergel/Schultze-v.Lasaulx § 166 N. 5; Kuhn in RGRK-BGB Vor. § 164 N. 9; Fischer in Grosskomm. HGB § 125 N. 25; a.A. Oser/Schönenberger 32 N. 32, der auf Reichel, SJZ 16 39 f. verweist. Reichel seinerseits behandelt dort aber das entsprechende Problem bei der juristischen Person.

19 Um so weniger erlangt die Bewusstseinslage eines Vertreters Bedeutung für den Prinzipal, dessen (Spezial)vollmacht das zur Diskussion stehende Rechtsgeschäft gar nicht umfasst (Punkt 1).

20 Springer 87; v.Tuhr/Siegwart I § 44 S. 338; Guisan 113; Künzli 127; Stark Art. 933 N. 75; Stoffel 77 ff. und Pfister 82 je mit Zitaten; Kuhn in RGRK-BGB § 166 N. 30; Soergel/Schultze-v.Lasaulx § 167 N. 61; Staudinger/Coing § 167 N. 18; Enneccerus/Nipperdey § 184 IV S. 800; Fischer in Grosskomm. HGB § 125 N. 25; RGZ 134 36.

21 So Reichel 248 ff.; Stoffel 37 ff.; Pfister 77. Viele Autoren (z.B. Egger, Feger, Guisan, Ribi) äussern sich gar nicht zu diesem Problem. Dies muss wohl dahingehend interpretiert werden, dass sie der Bewusstseinslage von Hilfspersonen ohne Vertretungsmacht keine Bedeutung beimessen.

22 Stoffel 44.

23 Stoffel 48; Reichel 252; Soergel/Schultze-v.Lasaulx § 166 N. 6; RGZ 131 355 ff.

men des Vertrages geht aber sehr weit und "der Auftraggeber braucht oft nur noch ja zu sagen"[24].

Jäggi will im Tätigkeitsbereich eines "Geschäftsbetriebes" nicht nur auf die Bewusstseinslage von Organen und bevollmächtigten Vertretern abstellen, sondern erklärt auch die Kenntnis aller weiteren Personen als rechtlich relevant, "soweit sie am Tatbestand beteiligt waren oder bei guter Ordnung des Betriebes hätten beteiligt sein sollen ... Das Wissen und Wissensollen der Betriebsangehörigen bildet eine Einheit und ist dem Geschäftsinhaber anzurechnen[25]."

24 Reichel 252.

25 Jäggi Art. 3 N. 140; ähnlich Stark Art. 933 N. 77a; siehe dazu nun ausführlich Richardi AcP 169 385.

3. Teil: Lösungsversuch

§ 8 Grundlagen

I. Die Fähigkeit der juristischen Person, Kenntnis zu haben

Nachdem wir in § 2 generell feststellen konnten, dass das Vorliegen einer gewissen Kenntnis als juristische Tatsache im Rechtsverkehr von Bedeutung sein kann (rechtserhebliches Wissen), stellt sich nun die Frage, ob eine juristische Person diese Kenntnis erlangen kann, m.a.W. ob sie "wissensfähig" ist.

Da das Gesetz sich diesbezüglich nicht äussert, wollen wir uns anschliessend kurz vergegenwärtigen, wie juristische Personen allgemein an der Gemeinschaft des Rechts teilnehmen.

A. Die Rechtsfähigkeit der juristischen Person

Wer Rechtssubjekt ist, bzw. sein soll, ergibt sich nicht mit logischer Notwendigkeit, sondern ist eine gesetzgebungspolitische, eine rechtsethische Frage. Auch der Mensch als Rechtssubjekt schlechthin wird erst aufgrund einer positiven Gesetzesbestimmung zur Person im Rechtssinne[1] und nicht infolge seiner blossen Existenz[2]. Inwiefern der Mensch Rechtssubjekt sei, hängt m.a.W. alleine davon ab, ob eine bestimmte Rechtsordnung ihn zum Rechtssubjekt macht. Deshalb kann man mit Bilge[3] sagen "... la personne existe par et dans le droit".

Der Gesetzgeber ist letztlich frei in der Entscheidung, wem er Rechtsfähigkeit zuerkennen will. Wie er zu gewissen Zeiten die Rechtsfähigkeit bestimmten Individuen versagte, so kann er sie auch einer Mehrheit von Menschen "und selbst auf aussermenschliche Dinge" übertragen[4].

Die Frage der Rechtsfähigkeit der juristischen Person hängt eng zusammen mit dem Wesen der juristischen Person. Die in § 4 aufgeführten Theorien bejahen grundsätzlich die Rechtsfähigkeit von Personenverbänden.

1 Huber Erl. I 45; Bilge 13; Bovay 84 f.; Maurer 44; Caflisch 5; v.Tuhr I 370 f.

2 Das griechische und römische Recht sprach z.B. den Sklaven die Persönlichkeit ab und behandelte diese als Rechtsobjekte. Die Anhänger der Naturrechtslehre dagegen sahen in der Persönlichkeit etwas dem Menschen immanentes, ausserhalb des positiven Rechtes liegendes. "Der einzelne Mensch trägt seinen Anspruch auf Rechtsfähigkeit schon in seiner leiblichen Erscheinung mit sich", Savigny II § 89 277.

3 Bilge 13.

4 Egger Art. 52 N. 1; Bilge 13; Maurer 44; Caflisch 6; v.Tuhr I 371.

Die Ansichten trennen sich jedoch im Hinblick auf den Umfang dieser Fähigkeit. Die Vertreter der Fiktionstheorie anerkennen die Rechtsfähigkeit nur im Rahmen der Vermögensrechte[5]. Die Anhänger der Genossenschaftstheorie dagegen sehen in der juristischen Person eine reale Persönlichkeit, ausgestattet mit der selben (Rechts-)Fähigkeit wie eine natürliche Person, also mit der vollen unbeschränkten Rechtsfähigkeit[6].

Das schweizerische Recht[7] äussert sich zur Rechtsfähigkeit der juristischen Person in Art. 53 ZGB: “Die juristischen Personen sind aller Rechte und Pflichten fähig, die nicht die natürlichen Eigenschaften des Menschen, wie das Geschlecht, das Alter oder die Verwandtschaft, zur notwendigen Voraussetzung haben.” – Dieser Artikel zeigt klar, dass unser Gesetz der juristischen Person grundsätzlich die allgemeine Rechtsfähigkeit zuerkennt. Der zweite Halbsatz des erwähnten Artikels lässt zwar die Vermutung aufkommen, dass die Rechtsfähigkeit der juristischen Person gegenüber der natürlichen Person eingeschränkt sei. Dies trifft jedoch nicht zu. In Wirklichkeit gibt es neben Rechten und Pflichten lediglich für Einzelpersonen auch solche ausschliesslich für juristische Personen[8].

Die speziellen Rechte und Pflichten der Verbände sind z.T. Ausfluss der charakteristischen Struktur, und man nennt sie dementsprechend Korporationsrechte[9]. Es gibt aber auch solche Rechte, die nicht direkt auf diese spezifische Struktur zurückzuführen sind: So darf z.B. eine juristische Person in den Statuten frei ihren (Wohn-)Sitz wählen (Art. 56 ZGB); ihr Sitz ist ein gewillkürter. Der Wohnsitz natürlicher Personen dagegen ist abhängig von zwei Voraussetzungen (Art. 23 ZGB). Sind diese Voraussetzungen erfüllt (1. Aufenthalt, 2. Absicht dauernden Verbleibens), so kann eine Einzelperson keinen andern Wohnsitz wählen. Was das Recht der Namensänderung anbetrifft, so muss sich die juristische Person – im Gegensatz zur natürlichen (Art. 30 Abs. 1 ZGB) – nicht auf wichtige Gründe stützen können. Auch kann die juristische Person grundsätzlich frei über ihre Existenz verfügen[10,11].

5 Savigny II § 85 238 f.
6 Gierke, Genossenschaftstheorie 141 ff.
7 Für das deutsche Recht siehe § 21 und 22 BGB.
8 Egger Art. 53 N. 4, 5; Bilge 39 f.; Gierke, Genossenschaftstheorie 150 f.
9 Beispiele: Das Recht gewisser juristischer Personen, von ihren Mitgliedern einen Beitrag zu verlangen (Art. 71 ZGB, Art. 871 OR, vgl. aber Art. 680 Abs. 1 OR); das Recht gegen Mitglieder und Organe vorzugehen (z.B. Art. 72 ZGB); das Recht die Statuten (im Rahmen des Gesetzes, Art. 63 Abs. 2 ZGB) frei zu gestalten.
10 Egger Art. 53 N. 17; Bilge 41; a.A. BGE 67 I 265, siehe auch Maurer 99 ff., 119 ff.
11 Im weiteren verleiht der Gesetzgeber im Bereich des öffentlichen Rechts, aus Gründen des öffentlichen Interesses, gewisse Rechte einzig und alleine juristischen Personen. So können z.B. Bewilligungen für Versicherungsgeschäfte nur an juristische Personen erteilt werden, siehe dazu Keller 26.

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass das schweizerische Recht den juristischen Personen die umfassende, allgemeine Rechtsfähigkeit zuerkennt, die zwar im Umfange mit der Rechtsfähigkeit der natürlichen Person nicht übereinstimmt, dieser aber wesensgleich ist (h.M.)[12].

B. Die Handlungsfähigkeit der juristischen Person

Indem die Rechtsordnung sog. juristischen Personen die Fähigkeit zuerkennt, Träger von Rechten und Pflichten zu sein, ist damit noch nichts ausgesagt über die Art, wie dieselben Rechte und Pflichten erwerben. Die Handlungsfähigkeit der juristischen Person ist ebensowenig wie bei der natürlichen Person eine notwendige Folge der Rechtsfähigkeit[13,14]. Rechte und Pflichten können auch durch Handlungen von Vertretern oder ohne menschliches Zutun entstehen. Ob und inwieweit einem Rechtssubjekt und im speziellen einer juristischen Person Handlungsfähigkeit zukommen soll, ist also wiederum eine rechtspolitische Frage, die der Gesetzgeber verschieden beantworten kann, ohne sich in logische Widersprüche zu versetzen.

Was die Theorien über das Wesen von juristischen Personen anbetrifft, so zeigt sich im Bereich der Handlungsfähigkeit der wohl tiefgreifendste Unterschied: Die Fiktionstheorie betrachtet den Verband als handlungs*un*fähig; dieser kann nur durch Vertreter am Rechtsleben teilnehmen[15]. Anders die Realitätstheorie, welche dem Verband die volle Handlungsfähigkeit zuspricht[16].

Der schweizerische Gesetzgeber bezieht klar Stellung in der Frage der Handlungsfähigkeit von juristischen Personen und beantwortet sie expressis verbis im positiven Sinne: "Die juristischen Personen sind handlungsfähig, sofern die nach Gesetz und Statuten hiefür unentbehrlichen Organe bestellt sind" (Art. 54 ZGB). Unentbehrliche Voraussetzung für die Handlungsfähigkeit einer juristischen Person sind somit die sogenannten Organe. Diese, obwohl (auch) natürliche Personen[17], unterscheiden sich aber wesentlich von gewöhnlichen Vertretern.

12 Egger Art. 53 N. 1; Huber Erl. I 46 f.; Bilge 39; Tuor/Schnyder 109; Hafter Vor. Art. 52 N. 1; Maurer 44; BGE 58 I 378 ff.

13 Hafter Art. 54 N. 1.

14 Diese beiden Fähigkeiten liegen bei der juristischen Person in den überwiegenden Fällen gemeinsam vor. Ausnahme: Wenn das nötige Vertretungsorgan fehlt; siehe dazu hinten S. 77 N. 3.

15 Savigny II § 90 282 f.

16 Gierke, Privatrecht I 518 f.

17 Eine juristische Person kann nicht Verwaltungsrat einer AG sein, BGE 58 I 378 ff.; siehe nun Art. 707 Abs. 3 OR.

Die Befürworter der Realitätstheorie gehen z.T. sehr weit in der Gleichsetzung von juristischer Person und handelndem Organ. So schreibt z.B. Huber[18]: "Das Organ verpflichtet die juristische Person nicht als Vertreter, sondern weil es selbst ein Teil der Persönlichkeit ist." Auch bei dogmatisch grundsätzlich gegenteiliger Auffassung kann man (auf Grundlage des positiven Rechtes) nicht umhin, einen Unterschied zwischen Stellvertretung und Organschaft zu machen. So muss man mit Burckhardt[19] – um das wenigste zu sagen – festhalten: "... sie (die Organe) sind aber mehr als blosse Vertreter der Mitglieder". Burckhardt weist sodann auf einen Aspekt hin, der immer wieder als Unterscheidungsmerkmal zwischen Stellvertreter und Organ angeführt wird[20]: Das Organ schliesst mit seiner Kompetenz die Verfügungsbefugnis der Mitglieder der Körperschaft aus, der Stellvertreter aber nicht, da der Vertretene immer auch tun kann, was er den Stellvertreter ermächtigt hat zu tun[21,22].

Zwar spricht Art. 55 Abs. 1 ZGB vom "Willen der juristischen Person", dem die Organe Ausdruck zu verleihen berufen seien, und es erklärt Art. 54 ZGB wörtlich, die juristische Person sei handlungsfähig. Damit dürfte jedoch nicht entschieden sein, dass die juristische Person eines eigenen Willens, eigener Handlungsfähigkeit im eigentlichen Sinne des Wortes fähig sei, wie dies die organschaftliche Theorie annimmt. Mit der Handlungsfähigkeit des Art. 54 ZGB kann nicht einfach das selbe gemeint sein, wie mit der Handlungsfähigkeit nach Art. 12 ff. ZGB, da letztere unter anderem von einer Eigenschaft abhängt (menschliches Lebensalter, Art. 13, 14 ZGB), deren die juristische Person gar nicht fähig ist[23].

Man steht somit vor dem eigentlichen Dilemma, dass einerseits eine juristische Person einen eigenen natürlichen Willen nicht haben kann, andererseits aber das Gesetz ihr die Handlungsfähigkeit zuspricht. Ein Ausweg aus diesen Dilemma kann nur darin gesehen werden, dass das Problem der Handlungsfähigkeit der juristischen Person nicht alleine mit der Frage nach dem Vorhandensein oder Nichtvorhandensein eines eigenen Willens der juristischen Person verknüpft werden darf. Der Mangel eines eigenen Willens der juristischen Person wird nämlich durch eine auf einer Summe von Rechtssätzen beruhenden Organisation ersetzt[24].

18 Huber, Erl. I 82; ebenso Tuor/Schnyder 109; BGE 54 II 254; Hafter Art. 54 N. 6: "Das Organ ist ein Teil der juristischen Person, der Stellvertreter ist ein ausserhalb stehender Mensch".

19 Burckhardt, Einführung 122.

20 Burckhardt, Einführung 122; ders., Organisation 296; ebenso Portmann 25.

21 Was jedoch nur bei gewillkürter Stellvertretung zutrifft.

22 Ein weiterer Unterschied zwischen Stellvertreter und Organmitglied liegt darin, dass letzterer nicht nur nach aussen handelt (rechtsgeschäftliche Vertretung), sondern auch für die innere Organisation der juristischen Person tätig wird.

23 Bilge 81 f.; Waldkirch 5; Egger Art. 54/55 N. 2.

24 Burckhardt, Organisation 295 f.; Bilge 81; Waldkirch 5; v.Tuhr I 460.

Diese Bestimmungen bewirken unter anderem, dass der Wille gewisser Menschen, wenn er unter bestimmten Voraussetzungen und in bestimmten Formen geäussert wird, als Wille der juristischen Person gilt. Dieser Wille gewisser Menschen hat für die Rechtsverhältnisse der juristischen Person dieselbe Wirkung, wie der Wille des Menschen für seinen persönlichen Rechtskreis: Deren Handlungen werden der juristischen Person als ihre eigenen zugerechnet[25].

Grundsätzlich können nur Individuen handeln, einen Willen haben. Die Rechtsordnung betrachtet aber diese Handlungen unter bestimmten Umständen als Handlungen der juristischen Person und daher kann man vom Willen und von Handlungen juristischer Personen (im streng juristischen Sinn!) sprechen.

Abschliessend sei festgehalten, dass die juristische Person zwar handlungsfähig ist, jedoch nicht, weil sie durch ihre eigenen Handlungen am Rechtsleben teilnehmen kann, sondern weil auf Grund des positiven Rechts bestimmte Handlungen ihrer Organe direkt rechtliche Wirkungen für sie selber erzeugen[26].

C. Die Wissensfähigkeit der juristischen Person

Das Gesetz äussert sich wie erwähnt nicht dazu, ob und inwieweit eine juristische Person wissensfähig sei. Es stellt sich daher die Frage, ob der Gesetzgeber der juristischen Person in Analogie zur Rechts- und Handlungsfähigkeit auch (stillschweigend) die Wissensfähigkeit zuerkennt[27].

1. Für die juristische Person handeln primär sog. Organe; deren Handlungen werden auf Grund des positiven Rechts dem Verband zugerechnet. Wissen ist jedoch keine Handlung, sondern ein innerer psychologischer Zustand des Menschen. Wie wir oben festgestellt haben[28], sind nun aber Handlungen ein Produkt des Seelenlebens. Der sich nach aussen manifestierende Wille ist das

25 Zur Zurechnung von Handlungen von Organmitgliedern vgl. Bilge 81; Bucher Art. 11 N. 55; Egger Art. 54/55 N. 2; Haff 277; Portmann 13; Stoffel 150 f.; Baumann 289; Larenz AT § 9 I 112 f.; Oldenbourg 9 f.; Reichel 201; Staudinger/Coing, Einleitung N. 2 Vor. § 21; Will z.B. 25, 35 f.; H.J. Wolff (zit. § 4 N. 2) S. 229 f.; Georgakopoulos, Die Gründung der Aktiengesellschaft, Diss. Hamburg 1960, S. 6 f.; auch Gierke verwendet den Begriff "zurechnen", z.B. Privatrecht I 530. Siehe auch H. Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, Tübingen 1911, S. 183 ff.

26 Bilge 82. Es zeigt sich hier klar, dass die Rechtssätze über die juristische Person nur gelten, weil sie Gesetzestext darstellen, und nicht weil sie Ausfluss einer bestimmten Theorie sind. Vgl. Tuor/Schnyder 108.

27 Die Wissensfähigkeit der natürlichen Person ist auch nicht ausdrücklich im Gesetz erwähnt.

28 Siehe vorn S. 11

Ergebnis vorangehender innerer Bewusstseinsbildung. Einen Teil dieses Produktes bildet gerade die Vorstellung, die sich der Handelnde von gewissen Umständen macht, insbesondere die Kenntnis gewisser Tatsachen. Der am Rechtsverkehr Teilnehmende betätigt seinen Willen gestützt auf die ihm bekannten Tatsachen, sein Kenntnisstand bildet die Grundlage seines konkreten Handelns. Im Grunde genommen wird daher, wenn eine Willenserklärung eines Organs der juristischen Person zugerechnet wird, eo ipso auch die dieser Willenserklärung zugrundeliegende Bewusstseinslage (Kenntnislage) zugerechnet. Und zwar trifft dies sowohl dann zu, wenn das Wissen nicht als Tatbestandsstück einer Rechtsnorm, sondern nur als Grundlage einer Handlung[29], als auch dann, wenn es als selbständiges Tatbestandselement, von der die Erfüllung oder Nichterfüllung eines Tatbestandes abhängt, vorliegt. Im letzteren Fall müssen beide Tatbestandsstücke (Willenserklärung und rein seelisches Verhalten) zwar einzeln geprüft werden. Daraus darf aber nicht gefolgert werden, dass eine insofern unterschiedliche Behandlung dieser Elemente zulässig wäre, als die Willenserklärung der Korporation zugerechnet werden müsste, die Bewusstseinslage jedoch nicht. Im Gegenteil, die Verbindung von Wissen und Willen ist im rechtsgeschäftlichen Verkehr so eng, dass bezüglich der Zurechnung gar keine unterschiedliche Behandlung möglich ist.

Daher kommen wir zum vorläufigen Schluss: Im Rahmen des rechtsgeschäftlichen Handelns kommt der juristischen Person analog zur Handlungsfähigkeit auch Wissensfähigkeit zu. Voraussetzung der Wissensfähigkeit ist wie bei der Handlungsfähigkeit (Art. 54 ZGB) die Bestellung der Organe: Die Organe "machen" die juristische Person wissensfähig.

Dieses Resultat lässt sich auch direkt von Art. 55 Abs. 1 ZGB herleiten: "Die Organe sind berufen, dem Willen der juristischen Person Ausdruck zu geben." Mit dem hier erwähnten Willen ist nicht notwendigerweise nur der fehlerfreie Wille gemeint. Die juristische Person hat sich auch den mit einem Mangel behafteten Willen anrechnen zu lassen[30]. Die Zurechnung des Willensmangels (z.B. Irrtums) eines Organs bedeutet aber nichts anderes, als dass die Bewusstseinslage (beim Irrtum Kenntnis oder Unkenntnis einer Tatsache) dieses Organs dem Verband zugerechnet wird.

2. Die Kenntnis von einer bestimmten Tatsache ist nicht nur in Verbindung mit einer Willenserklärung rechtlich relevant, sondern kann auch in Verbindung mit einer Tathandlung oder alleine, d.h. ohne ein mit ihr zusammen-

29 In einem solchen Falle ist das Wissen rechtlich irrelevant.

30 Egger Art. 54/55 N.17; W. v.Steiger Art. 811 N.18; Merten in Köl.Komm. § 76 N. 16; Hefermehl in Gessler/Hefermehl/Eckhardt/Kropff § 78 N. 66.

hängendes oder von ihr beeinflusstes Handeln, Rechtswirkungen hervorrufen[31]. Da es in diesen Fällen einerseits an einer intensiven Bindung zwischen Wissen und Willen fehlt, – für die Erfüllung dieser Tatbestände bedarf es ja gar keines (rechtsgeschäftlichen) Willens – und andererseits das Gesetz keine dem Art. 55 ZGB analoge Zurechnungsnorm für Wissenstatbestände kennt, scheint sich die Wissensfähigkeit der juristischen Person auf den rechtsgeschäftlichen Bereich zu beschränken. Es ist nun aber nicht einzusehen, weshalb der juristischen Person die Wissensfähigkeit nur insofern zuzusprechen ist, als das Wissen direkt mit einer Willenserklärung in Verbindung steht. Wenn nämlich eine Rechtsordnung (wie die schweizerische) den Verband als Rechtssubjekt anerkennt, so muss sie diesen auch grundsätzlich mit den entsprechenden Fähigkeiten ausstatten, damit er effektiv am Rechtsleben teilnehmen kann. Sie darf ihm daher solche Fähigkeiten nicht vorenthalten, die er zur Teilnahme am Rechtsverkehr unbedingt braucht. In diesem Sinne muss die Bewusstseinslage der juristischen Person z.B. auch bei der Besitzbegründung (= Tathandlung)[32] und beim Beginn der Verjährungsfrist[33] relevant sein; denn die juristische Person darf gegenüber der natürlichen Person grundsätzlich weder bevorzugt noch benachteiligt sein[34].

Die juristische Person ist also generell wissensfähig und zwar bezüglich aller Tatbestände, die eine juristische Person erfüllen kann und bei denen das Gesetz auf die Kenntnis von gewissen Tatsachen abstellt[35]. Hier muss jedoch wieder hervorgehoben werden, dass die juristische Person nicht in dem Sinne wissensfähig ist, dass sie selber eigene Kenntnis hat, sondern dass der Kenntnisstand ihrer Organe ihr direkt zugerechnet wird[36].

31 Siehe dazu vorne S. 12 f.
32 Siehe dazu vorne S. 10 f.
33 Siehe dazu vorne S. 21.
34 Egger Art. 53 N. 9.
35 Diese Wissensfähigkeit der juristischen Person ist etwa nicht nur auf die durch eine Mitteilung der Gegenpartei beruhende Kenntnis (Passivvertretung) beschränkt. Zum Unterschied zwischen Passiv- und Wissensvertretung siehe vorne S. 6 f.
36 Ebenso Baumann 289, vgl. auch Oldenbourg 9 f.; Will 25, 45, 107; Reichel 201; Pfister 84.

II. Der Kreis der für das Wissen einer juristischen Person relevanten Personen

Im vorangehenden Kapitel haben wir festgestellt, dass die sog. Organe[37] die juristische Person grundsätzlich wissensfähig machen; deren Kenntnis von gewissen Tatsachen ist daher für die juristische Person ohne Zweifel rechtlich relevant.

Neben Organen können nun aber weitere Personen – mit Vollmacht ausgestattete Vertreter – für die juristische Person rechtsgeschäftlich tätig werden (Art. 32ff. OR). Aus den auf Seite 55f. gemachten Ausführungen geht ohne weiteres hervor, dass auch das bei Ausübung der rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht als Begleiterscheinung hinzutretende Wissen dieser Vertreter der juristischen Person zugerechnet werden muss: Nicht nur der Wille des Vertreters, sondern auch sein Wissen wirkt unmittelbar für und gegen die vertretene juristische Person, da beide Elemente so eng miteinander verbunden sind, dass eine unterschiedliche Behandlung ausgeschlossen ist[38,39].

Wir kommen daher zum vorläufigen Resultat, dass im Rahmen des rechtsgeschäftlichen Verkehrs einer juristischen Person (neben dem Wissen der Organmitglieder) auch das Wissen derjenigen natürlichen Personen rechtlich relevant ist, welche als Aktivvertreter (und Passivvertreter) die juristische Person berechtigen und verpflichten können. In diesem Bereich ist das Wissen eines nicht zur Vertretung berechtigten Angestellten ebenso wie seine Handlung (Willenserklärung) für den Verband grundsätzlich irrelevant[40].

Wie wir bereits festgestellt haben, erlangt die Kenntnis gewisser Umstände nicht nur in Verbindung mit einer Willenserklärung rechtliche Bedeutung, sondern löst in manchen Fällen schon allein Rechtsfolgen aus[41]. Ebenso kann das Wissen im Zusammenhang mit Tathandlungen[42], d.h. ohne dass eine Willenserklärung vorläge, eine Rolle spielen. In diesen beiden Fällen verliert das im rechtsgeschäftlichen Verkehr entscheidende Kriterium der Vollmacht

37 Zur Frage, wer als Organ(mitglied) bezeichnet wird, siehe Oftinger II 1 105 ff.; Portmann 21 ff.; ferner Bilge 111 ff.; Steinbrüchel 32 ff.

38 Siehe § 166 BGB. Das schweizerische Recht kennt keine entsprechende Bestimmung. Siehe zur herrschenden Meinung, vorne S. 46 N. 6.

39 Letztlich kommt man aufgrund der herrschenden Repräsentationstheorie zu diesem Resultat. Siehe dazu aber Richardi AcP 169 395; Wetzel 37 ff.

40 Vgl. Giger Art. 200 N. 9. Muss sich aber die juristische Person das Handeln ihres Angestellten aufgrund einer Anscheinsvollmacht anrechnen lassen (siehe z.B. BGE 96 II 439 ff.), so hat sie auch sein Wissen zu vertreten.

41 Siehe vorne S. 13.

42 Siehe vorne S. 56 f.

als Unterscheidungsmerkmal (ob das Verhalten des Vertreters dem Vertretenen zugerechnet wird oder nicht) seine Bedeutung. Es stellt sich daher die Frage, ob grundsätzlich auch Hilfspersonen ohne rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht einen "Wissenstatbestand" für den Prinzipal erfüllen können.

Zur generellen Beantwortung dieser Frage wenden wir uns im folgenden kurz der in letzter Zeit in Deutschland intensiv geführten Diskussion zu, ob und wieweit die Bösgläubigkeit des Besitzdieners beim Besitzerwerb dem Besitzherrn zuzurechnen sei[43].

Besitzerwerb ist – abgesehen vom Besitzvertrag[44] – eine Tathandlung und kein Rechtsgeschäft[45]. Daher gelten die für die rechtsgeschäftliche Stellvertretung aufgestellten Bestimmungen (Art. 32 ff. OR, § 164 ff. BGB) für den Besitzerwerb grundsätzlich nicht[46]. Die Zurechnung von tatsächlichem Handeln für einen andern ist aber im schweizerischen Gesetz nicht ausdrücklich geregelt[47,48]. Daher fehlen auch Bestimmungen darüber, ob und inwieweit die Bewusstseinslage des tatsächlich Handelnden dem "Vertretenen" zugerechnet werden kann und muss.

In Deutschland scheint grundsätzlich Einigkeit darüber zu herrschen, dass eine Zurechnung der Bösgläubigkeit des Besitzdieners zusammen mit dem Besitzerwerb an seinen Herrn erfolgen müsse. Meinungsverschiedenheiten bestehen nur darüber, wie weit die Zurechnung gehen soll, und über die Zurechnungsbegründung im einzelnen. Lehre und Rechtsprechung[49] kamen auf der Suche nach einer brauchbaren Zurechnungsnorm für die Bewusstseinslage (i.e. Bösgläubigkeit) des Besitzdieners zu verschiedenen Lösungsmöglichkeiten:

43 Siehe zum folgenden: D. Rabe, Die Bedeutung der Bösgläubigkeit des Besitzdieners beim Besitzerwerb in § 990 BGB. Diss. Hamburg 1970; Wetzel 21 ff.; Richardi 392 f.; Hoche JuS 61 73; Westermann JuS 61 79, je mit Zitaten.

44 Art. 922 Abs. 2 ZGB, § 854 Abs. 2 BGB. Zum Besitzvertrag, Stark Art. 922 N. 31 ff.; Homberger Art. 922 N. 10 ff.

45 Stark Art. 922 N. 2, 81; Homberger Art. 922 N. 7; v.Tuhr II 1 361, 110 ff.; Soergel/Mühl § 854 N. 2; Wolff/Raiser 40; Westermann § 13 S. 68 ff.; BGHZ 16 263; a.A. Haab/Simonius/Scherrer Art. 714 N. 42.

46 Stark Art. 923 N.7; Homberger Art. 923 N.3; Oser/Schönenberger, Vor. Art. 32-40 N. 14 d; Soergel/Mühl § 854 N. 10; Wolff/Raiser 45; Westermann § 14 Pt. 3 S. 72; BGHZ 16 264; – a.A. Kaspar Jenny, Der Besitzbegriff nach dem schweizerischen ZGB, Diss. ZH 1915 S. 122; Oftinger Art. 884 N. 211 ff.

47 Die Bedeutung von Art. 923 ZGB bezieht sich nur auf diejenigen Fälle, in denen der Wille der an der Besitzübertragung Beteiligten bewirkt, dass die Besitzübertragung zu bestimmten rechtlichen Konsequenzen führt, also nicht auf die Besitzbegründung durch Schaffung tatsächlicher Gewalt, sondern auf die Übertragung dinglicher Rechte, auf die Begründung gestuften Besitzes (Art. 920 ZGB) und auf den Besitzvertrag. Stark Art. 923 N. 7.

48 Für das deutsche Recht siehe § 855 BGB.

49 Siehe die Zusammenstellung bei Wetzel 23.

1. direkte Anwendung des § 166 BGB
2. entsprechende Anwendung des § 166 BGB
3. eingeschränkte entsprechende Anwendung des § 166 BGB
4. entsprechende Anwendung des § 831 BGB
5. Verwendung des gemeinsamen Rechtsgedankens aus § 166 und § 831 BGB

Die Zurechnung auf der Grundlage von § 278 BGB fällt ausser Betracht, da sein Anwendungsbereich auf bereits bestehende Schuldverhältnisse beschränkt ist. Ausserhalb bestehender Schuldverhältnisse kommt grundsätzlich § 831 BGB als Zurechnungsmöglichkeit in Frage. Eine direkte Anwendung ist jedoch ausgeschlossen, da § 831 BGB nur bei rechtswidrigem Handeln des Gehilfen anwendbar ist. Ebenso ist eine direkte Anwendung von § 166 BGB nicht möglich, da dieser Paragraph eindeutig auf Willenserklärungen zugeschnitten ist. Die Lösung für Deutschland dürfte daher in einer analogen Anwendung von § 166 und (oder) § 831 BGB zu finden sein[50].

Das ZGB kennt den Begriff Besitzdiener nicht. Der in der Schweiz von Lehre und Rechtsprechung verwendete Begriff Besitzdiener[51] hat eine vom deutschen Recht abweichende Rechtstellung[52]. Besitzdiener nach § 855 BGB ist, wer die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen andern in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis ausübt, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des andern Folge zu leisten hat. § 860 BGB gibt diesem Besitzdiener eigene Rechte auf Selbstschutz gegen Dritte (§ 859 BGB), wie sie sonst nur der Besitzer hat. In diesem Punkt unterscheidet sich der Besitzdiener des BGB grundlegend vom schweizerischen Begriff. Nach ZGB kommt der Besitzesschutz nur dem Besitzer zu (Art. 926 ZGB). Unter Besitzer versteht das Gesetz aber nur den unmittelbaren oder mittelbaren Besitzer, nicht aber den Besitzdiener. Daher steht dem Besitzdiener auch kein Besitzesschutz zu[53,54].

50 Zum heutigen Stand der Diskussion, Wetzel 23 ff.

51 Dazu Stark Art. 919 N. 34 ff.; Homberger Art. 919 N. 10 f.; Tuor/Schnyder 436.

52 Stark Art. 919 N. 39; Homberger Art. 919 N. 10; Tuor/Schnyder 473.

53 Stark Art. 919 N. 39, Vor. Art. 926-929 N. 84; Homberger Art. 926 N. 19; a.A. ohne Begründung, Peter Liver, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch; Das Sachenrecht, die Grunddienstbarkeiten Zürich 1968, Art. 733 N. 156.

54 Der Besitzdiener kann neben den allgemeinen Notrechten (Art. 52 OR) immerhin den Besitzesschutz auch als Vertreter des Besitzers in Anspruch nehmen, sei es mit Vollmacht, sei es als Geschäftsführer ohne Vollmacht. Stark Art. 919 N. 39; Homberger Art. 919 N. 10.

Homberger umschreibt den Besitzdiener einfach als Mittelsperson, deren sich der Besitzer bedient, um sein tatsächliches Gewaltverhältnis herzustellen, die aber selbst nicht Besitzer ist[55].

Im Unterschied zum unselbständigen Besitzer erwirbt oder übt der Besitzdiener den Besitz für einen Andern bloss faktisch aus, ohne ein eigenes dingliches oder obligatorisches Recht auf die Sache zu haben[56]. Besitzdienerschaft kann daher nur im Rahmen eines (sozialen) Abhängigkeitsverhältnisses vorliegen: Der selbständige Besitzer muss gegenüber dem Inhaber der Sache tatsächlich in der Lage sein, seinen Willen selbsthandelnd durchzusetzen, ohne sich verbotener Eigenmacht schuldig zu machen. Der Besitzdiener hat somit bezüglich der Sache keine selbständige Stellung, wie sie dem Mieter, Pächter etc. als unselbständigem Besitzer zukommt. Er ist eben "Nicht-Besitzer"[57].

Die juristische Person ist selbst alleinige Besitzerin ihrer Sachen[58]. Für sie erwerben und üben Organe selbständigen (und unselbständigen) Besitz aus. Die Organe können nicht Besitzdiener sein, denn es fehlt ihnen die für die Rechtstellung des Besitzdieners massgebende Abhängigkeit. Sie haben nach h.M. vielmehr eine dem Besitzdiener analoge Stellung[59].

Es ist nun aber selbstverständlich, dass eine juristische Person nicht nur Besitz erlangt, wenn ein Organ selber die tatsächliche Gewalt über die Sache innehat. Ein Verband muss[60] auch durch andere Personen Besitz erlangen und ausüben können, die nicht die Stellung eines Organs haben. Alle diese Individuen, die nicht als Organe den Besitz (i.S. der tatsächlichen Gewalt) für die juristische Person erwerben oder ausüben, sind daher grundsätzlich Besitzdiener[61]. So wird ein Besitzdienerverhältnis etwa nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Besitzdiener Vertretungsmacht für den Besitzer hat und über die Sache in dessen Namen verfügen kann[62]. In einer Strassenbau AG ist z.B. der Prokurist ebenso Besitzdiener wie der Handlanger.

55 Homberger Art. 919 N. 11.

56 Stark Art. 919 N. 34; Homberger Art. 919 N. 11; Oftinger Art. 884 N. 211; Huber Erl. II 379.

57 Stark Art. 919 N. 42.

58 BGE 81 II 343: "Als Ausfluss ihrer Rechtsfähigkeit (Art. 53 ZGB) kommt den juristischen Personen auch Besitz zu." Stark Art. 919 N. 47; Soergel/Mühl § 854 N. 11.

59 Stark Art. 919 N. 47; Homberger Art. 919 N. 14; Tuor/Schnyder 474; BGE 81 II 343; Soergel/Mühl § 854 N. 11; Wolff/Raiser 24; Westermann § 20 II S. 92 f.

60 Ebenso wie die natürlichen Personen.

61 Ausnahmen sind insofern möglich, als bei sehr weitgehender Selbständigkeit eines Angestellten (das einzige Organmitglied ist z.B. für längere Zeit ortsabwesend), dieser auch als mittelbarer Besitzer angesehen werden kann. Stark Art. 933 N. 37.

62 Stark Art. 919 N. 51; Homberger Art. 923 N. 9; Soergel/Mühl § 855 N. 3; Westermann § 10 II Pt. 6 S. 62.

Nach dem soeben Gesagten kann man auch ohne eingehende Untersuchung schon jetzt erkennen, dass auf die Frage, ob und wieweit die Bösgläubigkeit des Besitzdieners bei Besitzerwerb der juristischen Person zuzurechnen sei, keine einheitliche, allgemeingültige Antwort möglich ist. Ich werde in § 9 II versuchen, eine differenzierte Lösung herauszuarbeiten.

An dieser Stelle sei vorläufig lediglich festgehalten, dass neben der Kenntnis von gewissen Tatsachen der Organe und mit Vollmacht ausgestatteter Vertreter im rechtsgeschäftlichen Verkehr auch das Wissen von weiteren Personen (von Besitzdienern) für die juristische Person von Bedeutung sein kann. Der Kreis der für das Wissen einer juristischen Person relevanten Personen erstreckt sich somit grundsätzlich vom Organmitglied bis zur Hilfsperson ohne Vertretungsmacht, umfasst also alle für den Verband tätigen Personen.

III. Die Bedeutung des privaten Wissens der Organmitglieder

Es stellt sich vorliegend die Frage, ob nur das Wissen, welches die Organmitglieder im Rahmen ihrer "geschäftlichen Tätigkeit" erlangt haben, für die juristische Person relevant sei, oder ob auch deren privates, zufälliges Wissen dem Verband zugerechnet werden müsse.

Wie wir oben gesehen haben, ist die Stellung des Organs im Tätigkeitsbereich einer juristischen Person so umfassend, dass von einer eigentlichen Identifikation gesprochen wird: Das rechtsgeschäftliche Handeln des Organs gilt als Handeln der Korporation; für seine unerlaubten Handlungen hat der Verband einzustehen (Art. 55 Abs. 2 ZGB). Dies ist jedoch nur der Fall, wenn die Tätigkeit "im Namen" der juristischen Person, die unerlaubte Handlung "in Ausübung der geschäftlichen Verrichtung" geschieht. Die Gleichschaltung von juristischer Person und Organ hat da seine Grenze, wo das Organ als Privatperson auftritt, sei es, dass es in eigenem Namen handelt, oder dass seine unerlaubte Handlung in keiner Beziehung zum Geschäftsbetrieb steht[63]. Ist nun diese für das aktive Verhalten so selbstverständliche Lösung auch für das Wissen analog anwendbar? Verliert m.a.W. das private Wissen der Organe ebenso seine Bedeutung für die juristische Person wie deren privates Handeln? Um diese Frage beantworten zu können, werde ich vorerst kurz in einer Gegenüberstellung näher auf die Begriffe "Wissen" und "Handeln" eingehen[64].

63 Siehe immerhin OLG Düsseldorf in BB 1964 1021: "Einer AG ist bei der Frage, ob sie nach § 89 b Abs. 3 Satz 1 HGB begründeten Anlass zur Kündigung des Handelsvertreters gegeben hat, so dass dieser den Ausgleichsanspruch trotz der Kündigung behält, das private Verhalten eines ihrer Vorstandsmitglieder zuzurechnen, wenn es Auswirkungen im Bereich ihrer Geschäftsführung hervorgerufen hat, die das Handelsvertreterverhältnis unmittelbar berühren."

64 Siehe zum folgenden auch vorne S. 11.

Sowohl das Wissen als auch der Wille sind Erscheinungen des inneren Seelenlebens. Die Rechtsordnung verlangt nun, wo es auf den rechtsgeschäftlichen Willen ankommt, dass dieser sowohl geäussert wird, als auch, dass er auf eine bestimmte Rechtsfolge gerichtet ist[65]. Dieses Erfordernis, dass der Wille auch geäussert werden muss, um rechtlich relevant zu sein, kann nun aber nicht allein deshalb aufgestellt sein, weil sich die rein innerlichen Willensregungen nicht beweisen liessen[66]. Der entscheidende Grund dafür liegt vielmehr darin, dass die Willensbildung ein höchst unsteter Vorgang ist. "Vor dem kritischen Moment der Handlung liegt das Stadium, in welchem sich im Widerstreit der Motive der Willensentschluss bildet[67]." Die Rechtsordnung kann jedoch eine unfertige, unentschiedene, sich im Fluss befindliche innere Regung nicht als Anknüpfungsgrundlage einer rechtlichen Wirkung verwenden. Sie braucht dazu einen konkreten, genau bestimmbaren Punkt innerhalb dieses Vorganges. Eine genügende Bestimmtheit und Festigkeit innerhalb einer Willensregung bietet nun ohne Zweifel die Handlung[68]. Und zwar verschafft die Handlung nicht nur Klarheit für den Angesprochenen, sondern auch für den Handelnden selbst, denn "ob der Mensch etwas wirklich gewollt hat, weiss er erst, wenn er es getan oder unterlassen hat"[69]. Somit ist die Äusserung des Willens nicht nur eine Forderung der Rechtsordnung, sondern liegt in der Sache selbst: "Erst in dem Handeln findet der Wille seine Wahrheit; er ist sogar nicht denkbar ohne die von ihm intendierte Bewegung[70]."

Aus dem soeben gesagten geht auch ohne weiteres hervor, dass der Wille kein planlos umhertastendes Streben, sondern jedesmal ein Streben mit einem bestimmten Inhalt, einer bestimmten Richtung ist: Ein Wollen an sich gibt es nicht[71].

Der Inhalt einer Willenserklärung (Handlung) deutet aber nicht nur auf eine gewollte Rechtswirkung hin, sondern schafft (im Normalfall) auch Klarheit darüber, bei wem diese Rechtswirkungen eintreten sollen[72], z.B. Abschluss des Rechtsgeschäftes "im Namen der Gesellschaft", (Art. 718 Abs. 1 OR). Der (rechtsgeschäftliche) Wille findet seinen umfassenden und zugleich einzig möglichen Ausdruck nur in der Handlung.

65 v.Tuhr II 1 143 ff.; Flume § 2; Schönenberger/Jäggi Art. 1 N. 17 ff.
66 Die blosse Kenntnis einer Tatsache wäre ja sonst auch nie relevant. Siehe dazu vorne S. 13.
67 v.Tuhr II 1 124.
68 Zitelmann 248; Manigk, Willenserklärung 436 ff.
69 v.Tuhr II 1 124.
70 Zitelmann 182 f.; Manigk, Willenserklärung 437.
71 Zitelmann 71 f.
72 Im andern Fall muss die Willenserklärung speziell daraufhin ausgelegt werden.

Im Unterschied zum Willen braucht das Wissen weder geäussert noch auf etwas gerichtet zu sein, um rechtliche Bedeutung zu erlangen. Die Rechtsordnung knüpft bereits an das blosse Vorhandensein einer gewissen Kenntnis bestimmte Rechtsfolgen. Wissen kann im übrigen auch nicht auf etwas gerichtet sein, weil es im Gegensatz zum Willen als einem dynamisch sich bildenden Vorgang mit unendlichen Möglichkeiten etwas eher statisches in dem Sinne ist, als es unabhängig vom Betreffenden entweder vorhanden ist oder nicht. Wissen ist ein Zustand, der Wille (bzw. die Willensbildung) ist ein Vorgang!

Die kurze Gegenüberstellung der Begriffe "Wissen" und "Handeln" bzw. "Wollen" hat so tiefgreifende Unterschiede zwischen diesen menschlichen Verhalten aufgezeigt (Handeln ist ein aktives Verhalten, Wissen dagegen ein Zustand, der seinerseits auf einem passiven Verhalten, der Kenntnisnahme, beruht), dass die von der Rechtsordnung für die Handlungen aufgestellten Bestimmungen nicht einfach auf das Wissen angewendet werden können. Zur Beantwortung der vorliegenden Frage, ob das private Wissen der Organmitglieder auch für die juristische Person relevant sei, kann deshalb die für die privaten Handlungen der Organmitglieder selbstverständliche Lösung nicht (auch nicht analog) herangezogen werden.

Die Erkenntnis, dass Wissen ein (seelischer) Zustand, eine feste Grösse ist, macht bereits deutlich, dass dort, wo die Rechtsordnung auf die Kenntnis einer (natürlichen) Person abstellt, immer deren gesamte tatsächliche Kenntnislage berücksichtigt werden muss, unabhängig davon, ob diese "geschäftlich" (als selbständiger Geschäftsmann) oder rein privat tätig ist. Was nun die Kenntnis eines Organmitgliedes anbetrifft, so muss gezwungenermassen die Lösung die gleiche sein, weil auch hier auf den innermenschlichen Zustand des Wissens einer natürlichen Person abgestellt wird, welcher aber unteilbar ist. Im übrigen würde eine irgendwie konstruierte Ausklammerung des Privatwissens die Rechtssicherheit in höchstem Masse gefährden.

Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass grundsätzlich jeweils der gesamte bei einem bestimmten Organmitglied vorhandene Wissensstand der juristischen Person zugerechnet werden muss[73]. Darin ist aber nicht nur das in seiner Stellung als Betriebsangehöriger und das rein zufällig erlangte private Wissen enthalten, sondern – was speziell hervorgehoben sei – auch die bei einer weiteren geschäftlichen Tätigkeit (z.B. als Verwaltungsrat einer oder mehrerer weiterer Firmen) erlangte Kenntnis[74].

73 gl.M. Reichwein SJZ 66 8; Baumann 295.

74 So auch BGE 41 II 571 ff.; BGH in WM 1955 832. Siehe auch RG in JW 1927 1676, wo das Zugehen einer Willenserklärung an eine Kommanditgesellschaft angenommen wird, wenn sie dem Geschäftsführer einer GmbH zugegangen ist, die Komplementärin der Kommanditgesellschaft ist (!) Der Zurechenbarkeit einer bei einer anderen geschäftlichen Tätigkeit erlangten Kenntnis kann jedoch das Berufsgeheimnis entgegenstehen, dazu Reichwein SJZ 66 6.

Soweit das Wissen von Nichtorganen für den Verband überhaupt relevant ist (siehe dazu § 8 II und § 9 II), muss m.E. auch deren privates Wissen zugerechnet werden[75].

Abschliessend sei noch erwähnt, dass sich ein Organmitglied das sog. "geschäftliche Wissen" auch als Privatperson anrechnen lassen muss. So kann z.B. ein Verwaltungsratsmitglied, das im Rahmen seiner geschäftlichen Tätigkeit vom (unfreiwilligen) Abhandenkommen eines Gemäldes Kenntnis bekommt, dieses Bild (auch) nicht zu persönlichem Eigentum erwerben[76].

IV. Die Bedeutung von Teilwissen

Die juristische Person hat im Normalfall mehrere sog. Wissensträger. Wie wir in § 8 II gesehen haben, können dies Organe (Verwaltungsräte, Direktoren etc.) ja sogar Hilfskräfte sein. Jede dieser Personen hat eine bestimmte Kenntnis von Tatsachen, die sich zum Teil mit derjenigen eines andern Betriebsangehörigen deckt. Es ist nun aber möglich, dass zum Beispiel mehrere Organmitglieder je ein Spezialwissen haben, das für sich alleine betrachtet noch keine Rechtsfolgen für die juristische Person hervorruft. Würde man in einem solchen Falle den Grundsatz der absoluten Wissensvertretung, dass das Wissen jedes einzelnen Organmitgliedes automatisch auf die juristische Person übertragen werde, in letzter Konsequenz anwenden[77], so müssten logischerweise auch diese bei verschiedenen Organ-Mitgliedern getrennt vorliegenden (Teil-)Wissen rechtliche Folgen für die juristische Person haben. Diese bloss fiktiv zum Gesamtwissen zusammengefügten Teilwissen können aber m.E. für die juristische Person keine Bedeutung haben[78]. Ganz abgesehen von den erheblichen Beweisschwierigkeiten die sich in diesem Zusammenhang in der Praxis stellen würden, ist nicht einzusehen, weshalb eine juristische Person aus der unter Umständen beträchtlichen Vielfalt von Kenntnissen ihrer (Organ-)Wissensträger immer gerade diese Teilwissen vertreten müsste, die zusammen ein rechtlich verwertbares Wissen ergeben. Das bei einem Organmitglied zur Erfüllung eines Tatbestandes fehlende (Teil-)Wissen wird nicht automatisch durch das

75 So wohl auch Wetzel für den Besitzdiener 60 ff.; a.A. beim Abschlussagenten im Versicherungsvertrag Bruck/Möller § 44 N. 14; vgl. auch BGE 73 II 13 f.

76 Siehe auch OG des Kantons Zürich in ZR 60 Nr. 98 S. 221 f.: "Der Kläger (O.) hat für sein ganzes Verhalten einzustehen und muss sich gefallen lassen, dass bei der Beurteilung der Ansprüche des Gesellschaftsgläubigers O. auch das Wissen des früheren Verwaltungsrates O. mitberücksichtigt wird."

77 "... als reale Gesamtperson entbehrt die Gemeinheit so wenig des einheitlichen Gemeinbewusstseins wie des einheitlichen Gemeinwillens", Gierke, Genossenschaftstheorie 627.

78 gl.M. Reichwein SJZ 66 7; offenbar auch Baumann 285 ff.

(Teil-)Wissen eines andern Organmitgliedes ergänzt. Das Wissen aller Organmitglieder ist für die juristische Person nur insofern relevant, als diese ursprünglich bei ihnen vorhandenen unterschiedlichen Teilwissen – z.B. auf dem Wege des Gedankenaustausches – schlussendlich bei einem einzelnen Organmitglied tatsächlich vorliegen. Nur der bei einem einzigen Wissensträger vorhandene effektive Kenntnisstand, der für sich alleine betrachtet eine juristisch relevante Tatsache bildet, ist für den Verband von Bedeutung. – Hier muss jedoch für diejenigen Fälle eine Einschränkung gemacht werden, bei denen die getrennten Teilwissen sich nur wegen betrieblicher Organisationsmängel nicht zu einem rechtlich relevanten (Gesamt-)Wissen bei einem Organträger kumulieren konnten, insbesondere wenn ein Organmitglied das im Geschäftsleben objektiv geforderte Mass an Sorgfalt vernachlässigt und es z.B. unterlässt, seine Kollegen zu befragen oder zu informieren. Diesen Mangel hat die juristische Person zu vertreten und das Gesetz stützt sich in solchen Fällen nicht nur auf das effektive (Teil-)Wissen, sondern knüpft Rechtsfolgen schon an das Wissenmüssen[79].

Im konkreten Einzelfall muss daher abgeklärt werden, ob das unvollständige Teilwissen jedes einzelnen Wissensträgers auf die ungenügende Organisation zurückzuführen sei, m.a.W., ob eine objektiv gebotene bessere Organisation wenigstens einen Wissensträger in die Lage versetzt hätte, sich ein Gesamtwissen anzueignen[80]. Ohne diese Einschränkung d.h. beim blossen Abstellen auf die effektive Kenntnis der einzelnen Wissensträger, wäre eine durchorganisierte Gesellschaft mit optimalem Informationsfluss gegenüber einem laienhaft geführten Betrieb in ungerechtfertigter Weise benachteiligt.

79 Siehe vorne § 2 III.
80 BGE 90 II 456: "... l'assureur est censé connaître, en particulier, les renseignements qui lui ont été donnés lors de la souscription d'assurances antérieures – ce qui montre l'utilité des dossiers d'assurés – et même les faits appris par hasard de la bouche de tiers (Pétermann, Revue suisse d'assurance 1964 p. 245 ...)"

V. Die für die Kenntnis massgebende Zeit

Das Wissen einer natürlichen Person erlangt grundsätzlich rechtliche Bedeutung nach Eintritt der Handlungsfähigkeit (Art. 12 ZGB)[81] und endigt mit dem Tod oder der Entmündigung (Art. 369 ff. ZGB).

Für die juristischen Personen geben sich diesbezüglich wegen ihrer speziellen Ausgestaltung sowohl am Anfang und am Ende als auch während ihrer Existenz besondere Probleme, die im folgenden näher beleuchtet werden sollen.

A. Das Wissen bei der Gründung der juristischen Person

Mit der Erlangung der Rechtspersönlichkeit (Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister, Art. 52 ZGB, Art. 643 Abs. 1 OR etc.) wird eine juristische Person generell befähigt, durch bestimmte Organpersonen (Art. 55 ZGB) am Rechtsverkehr teilzunehmen. Gleichzeitig mit deren Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnissen für die juristische Person wird auch deren Wissen relevant[82].

Es ist nun aber nicht so, dass nur das seit der Gründung bei den Wissensträgern auflaufende Wissen für den Verband von Bedeutung ist, sondern der gesamte Wissensstand der einzelnen als Wissensträger auftretenden Personen muss der juristischen Person zugerechnet werden. Mit der Gründung eines Verbandes entsteht zwar ein neues Rechtssubjekt, das z.B. im rechtsgeschäftlichen Bereich bei einem eigentlichen "Nullpunkt" beginnt[83]. Dies ist aber bezüglich des Wissens nicht der Fall. Die juristische Person beginnt ihre Existenz mit dem Wissensstand, den ihre einzelnen Wissensträger bei der Gründung bereits haben.

Da sich die Wissensfähigkeit der juristischen Person wie erwähnt nicht auf die durch Mitteilung der Gegenpartei erlangte Kenntnis beschränkt, wäre eine klare Trennung zwischen dem Wissen eines Organmitgliedes vor und nach der Gründung in vielen Fällen kaum möglich, wodurch die Rechtssicherheit erheblich gefährdet würde. Zudem scheint es nur angemessen, dass, ebenso wie das von den Organmitgliedern vor der Gründung erarbeitete

81 Unter Umständen kann auch die Kenntnis urteilsfähiger Unmündiger relevant sein. Zur "Bösglaubensfähigkeit" Unmündiger siehe Müller-Freienfels 392 ff.; Reichel 197 ff.; Jäggi Art. 3 N. 134. Nach Stark (Art. 933 N. 47) stellt sich für urteilsfähige Unmündige das Problem des gutgläubigen Rechtserwerbes gar nicht.

82 Siehe dazu vorne S. 55 f.

83 Vorbehalten die Fälle der Art. 645 Abs. 2, 783 Abs. 3 und 838 Abs. 3 OR.

Spezialwissen (Fachwissen) der juristischen Person zugute kommt, ihr im Sinne des Vorteils-Nachteilsausgleiches auch deren rechtlich relevantes Wissen zugerechnet werden muss. Die gegenteilige Auffassung, wonach es nur auf das effektiv seit der Gründung erlangte Wissen ankomme, würde im übrigen zu stossenden Resultaten führen, indem zum Beispiel durch periodische Neugründungen das "unvorteilhafte" Wissen immer wieder abgestreift werden könnte.

Das hier gefundene Ergebnis, dass auch das Wissen, welches ein Organmitglied vor der Gründung erlangt hat, für die juristische Person von Bedeutung ist, stimmt übrigens mit unserer bereits in III. geäusserten Ansicht überein, dass nicht nur das Wissen eines Organmitgliedes rechtlich relevant ist, das es gerade in dieser Eigenschaft erlangt hat, sondern dass daneben auch die bei andersweitiger (hier früherer) geschäftlicher Tätigkeit erworbene Kenntnis der juristischen Person zugerechnet werden muss[84].

B. Das Wissen beim Ein- und Austritt von Organmitgliedern

Es ist ein Charakteristikum der juristischen Person, dass sie während ihrer Existenz ihre Mitglieder und ihre Verwaltung beliebig wechseln kann, ohne ihre Identität zu verlieren. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, welche Bedeutung dem Wissen eines neu eintretenden Organmitgliedes zukommt, und wieweit sich ein Verband die Kenntnis eines austretenden Organmitgliedes anrechnen lassen muss.

a) In Literatur und Rechtsprechung herrscht Einigkeit[85], dass der von einer juristischen Person im Zeitpunkt des Übergangs bösgläubig erworbene Besitz nicht dadurch geheilt werden kann, dass später andere, gutgläubige Organe die juristische Person weiterführen und die ursprünglich in bösem Glauben von der Korporation übernommenen Sachen verwalten. In dem Falle, wo ein Organmitglied sowohl die rechtshindernde Tatsache kennt, als auch den entsprechenden Rechtsakt vornimmt, ist und bleibt die juristische Person ohne Zweifel bösgläubig, und sie hat die Sache jederzeit dem

84 Zur Frage, wieweit die Kenntnis eines Wissensträgers bei der Gründung auf einen anderen Wissensträger übertragen wird, siehe hinten § 9 I. E.

85 Stark Art. 933 N. 79; Oftinger Art. 884 N. 360; HG des Kantons Zürich in ZR 30 Nr. 55; Kuhn in RGRK-BGB § 166 N. 17. Siehe zum folgenden auch Will 45 ff.

Berechtigten herauszugeben[86]. Wie verhält es sich aber, wenn das wissende Organmitglied ausgeschieden und der massgebende Rechtsakt von einem andern oder von einem neuen Organmitglied vorgenommen wird? Bleibt grundsätzlich eine einmal bei einer juristischen Person vorhandene Kenntnis endlos bestehen? Die deutsche Doktrin und Rechtsprechung ist nicht einheitlich[87]. Einerseits erklärt der BGH ausdrücklich[88]: "... das Wissen eines Organmitgliedes ist das Wissen der Rechtsperson. Hat eine Rechtsperson einmal von einem Sachverhalt Kenntnis erlangt, so bleibt sie wissend, auch wenn das wissende Organmitglied ausgeschieden ist, neue Organmitglieder bestellt worden sind und diese für die juristische Person gehandelt haben, ohne ihrerseits von jenem Sachverhalt erfahren zu haben." Anderseits vertritt das höchste deutsche Gericht im Jahre 1921 genau die gegenteilige Auffassung[89]: "Die Wissenschaft des Organs kann aber immer nur als die der juristischen Person selbst "gelten", und daher ist die Frage, ob eine gewisse Tatsache einer juristischen Person bekannt sei, notwendig davon abhängig, ob die Kenntnis dem jeweiligen Organ beiwohnt. Mit dem Zeitpunkt, in dem der bisherige Vorstand einer juristischen Person aufhört, ihr Organ zu sein, entsteht ein Vakuum, bis jene ein neues Organ erhält, und alsdann kann es nur noch auf dessen Wissenschaft ankommen; die Kenntnis des früheren Organs fiktiv auf das neue zu übertragen, fehlt ebenfalls jede Möglichkeit." Mögen beide Urteile im konkreten Fall auch als richtig bezeichnet werden, so bleiben doch Bedenken, in welch absoluter Form die jeweilige Meinung verfochten wird. Meines Erachtens muss auch hier von einer starren Einheitslösung abgesehen werden, damit den speziellen Umständen des Einzelfalles genügend Rechnung getragen werden kann[90]. Denn es gibt ohne Zweifel Situationen, bei denen das Wissen des ausscheidenden Organmitgliedes weiterhin der juristischen Person zugerechnet werden muss, während in anderen Fällen dieses Vorgehen eine ungerechtfer-

86 Während in bezug auf den Herausgabeanspruch alleine der gute oder böse Glauben im Zeitpunkt des Erwerbes massgebend ist (siehe auch hinten § 9 N. 206), muss bekanntlich im Rahmen der Verantwortlichkeit des Besitzers für den Zeitraum des guten bzw. bösen Glaubens auf die Bestimmungen des Art. 938/39 bzw. 940 ZGB abgestellt werden. In Anlehnung an den Fall der natürlichen Person, die nach dem bösgläubigen Besitzerwerb gutgläubig wird, will Stark (Vor. Art. 938-40 N. 25) für die juristische Person Art. 938/39 ZGB angewendet haben, wenn die ehemals bösgläubigen Organmitglieder durch gutgläubige ersetzt werden. Siehe aber auch Art. 933 N. 79.

87 Die schweizerische Lehre hat sich meines Wissens zu diesem Problem nie geäussert.

88 BGH in WM 1957 81 (84) = Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen 9 (1959) 322/331 mit zustimmender Anmerkung von Paulick; ebenso Mertens in Köln.Komm. § 76 N. 14; Soergel/Schultze-v.Lasaulx, 10. Aufl. § 26 N. 7.

89 RG in Seuff. Arch. Bd. 77 Nr. 65 S. 112. Zustimmend Enneccerus/Nipperdey I § 109 N. 27. Ebenso Soergel/Siebert, 9. Aufl. § 26 N. 7; Kuhn in RGRK-BGB 166 N. 17.

90 gl.M. Baumann 295.

tigte Benachteiligung für die juristische Person bedeuten würde. Legt beispielsweise ein Organmitglied, bevor es aus der AG ausscheidet, einem Direktor nahe, ein bestimmtes Grundstück zu kaufen, obwohl ihm die Unrichtigkeit des Grundbuchs bekannt ist, so muss man einen gutgläubigen Erwerb der Körperschaft ablehnen. Es ist aber sicher anders zu entscheiden, wenn das ausgetretene Verwaltungsratsmitglied nicht im Entferntesten daran gedacht hatte, (und auch keine Veranlassung dazu bestand) dass seine Gesellschaft einmal das fragliche Grundstück erwerben könnte[91].

b) Bei der Neubesetzung eines Verwaltungsrats- oder Direktionspostens einer juristischen Person – sei es durch Beförderung einer betriebseigenen, sei es durch Anstellung einer betriebsfremden Person – liegen die Verhältnisse bezüglich des rechtlich relevanten Wissens ähnlich wie bei der Gründung[92]: Auch hier hat jeweils der gesamte Wissensstand des neuen Organmitgliedes Bedeutung für den Verband, nicht nur seine in dieser neuen Stellung erlangte Kenntnis[93,94].

C. Das Wissen bei der Auflösung der juristischen Person[95]

Das Gesetz kennt für die AG grundsätzlich zwei Kategorien von Auflösungstatbeständen: die allgemeinen mit nachfolgender Liquidation (Art. 739 ff. OR) und die besonderen Auflösungsfälle ohne Liquidation (Art. 748 ff. OR). Je nachdem welcher Auflösungsmodus zur Anwendung gelangt, ergeben sich im Hinblick auf das rechtlich relevante Wissen der juristischen Person verschiedene Probleme.

91 Beispiel aus Baumann 295.

92 Siehe dazu vorne A., S. 67.

93 Dieses Ergebnis hat auch Auswirkungen auf solche Tatbestände, bei denen der gute Glaube als Dauerzustand vorausgesetzt wird: Verantwortlichkeit beim Besitz (Art. 938-40 ZGB), Ersitzung (Art. 728 ZGB); ebenso Art. 273 Abs. 2 OR.

94 Wieweit die Kenntnis des neu eintretenden Organmitgliedes auch als Kenntnis der bisherigen Wissensträger (und umgekehrt) angesehen werden muss, siehe hinten § 9 I. E.

95 Im folgenden werde ich mich an die Auflösungsbestimmungen der AG halten, (Art. 736 ff. OR) die, mutatis mutandis, auch auf andere juristische Personen anzuwenden sind (siehe Art. 58 ZGB, Art. 913 Abs. 1 OR).

1. Bei Auflösung mit Liquidation

a) Ausserhalb des Konkurses

Die Auflösung der Gesellschaft hat noch nicht deren völligen Untergang zur Folge, vielmehr behält die AG in Liquidation die Rechtspersönlichkeit (Art. 739 Abs. 1 OR), d.h. sie bleibt zum Zwecke der Durchführung der Liquidation und bis zu deren endgültigen Abschluss bestehen.

Sie kann also immer noch Rechte erwerben und Verbindlichkeiten ("neue Geschäfte", Art. 743 Abs. 3 in fine OR) eingehen, sie ist demnach weiterhin rechts-, handlungs- und wissensfähig. Nach Beendigung der Liquidation, d.h. nach endgültiger Vernichtung der Persönlichkeit verliert ihr Wissen, das Wissen ihrer Organträger, selbstverständlich jede Bedeutung[96].

Führt die Verwaltung die Liquidation durch (Art. 740 Abs. 1, 1. Halbsatz OR), so bleibt zweifellos deren Wissen für die juristische Person relevant. Werden jedoch andere Personen[97] als die Verwaltungsräte zu Liquidatoren ernannt (Art. 740 Abs. 1, 2. Halbsatz OR), so stellt sich die Frage, wessen Kenntnis in einem solchen Fall grundsätzlich von Bedeutung sei.

Die betriebsfremden, speziellen Liquidatoren bilden in gleicher Weise wie die aus den Reihen des Verwaltungsrates gewählten Liquidatoren die eigentliche Verwaltung der aufgelösten Gesellschaft mit dem Recht und der Pflicht zur Geschäftsführung und Vertretung (Art. 743 OR). Ihre Stellung ist derjenigen der Verwaltung einer sich nicht in Liquidation befindenden Gesellschaft in mancher Hinsicht ähnlich. Sie haben alle Rechtsgeschäfte zu tätigen, welche die Liquidation mit sich bringen kann. Es wird ihnen u.a. auch Organcharakter zuerkannt[98].

Daher erlangt auch ihr Wissen Bedeutung für die aufgelöste Gesellschaft und zwar in dem selben Rahmen, wie das Wissen der Verwaltung einer sich nicht in Liquidation befindenden Gesellschaft[99].

Die Antwort auf die Frage, wieweit die Kenntnis der ehemaligen Verwaltung für die AG in Liquidation noch von Bedeutung sei, wenn spezielle Liquidatoren bestellt worden sind, hängt grundsätzlich davon ab,

96 Eine gelöschte AG kann unter gewissen Umständen aber wieder eingetragen werden (!), BGE 87 II 303.

97 Gemäss Art. 41 HRV können auch juristische Personen, Kollektiv- und Kommanditgesellschaften (z.B. Treuhandgesellschaften) als Liquidatoren eingesetzt werden. Siehe auch BGE 62 II 284.

98 Bürgi Art. 740 N. 25; W. v.Steiger Art. 823 N. 5; Portmann 31; Heberlein 34; a.A. Schucany Art. 743 N. 7. Zur Haftung der Gesellschaft, Art. 743 Abs. 6 OR.

99 Für das deutsche Recht: Wiedemann in Grosskomm. AktG § 269 N. 2: "Auch soweit es sich um das Wissen der Gesellschaft handelt, genügt das Wissen eines von mehreren Abwicklern."

welche Stellung man allgemein der Verwaltung während des Liquidationsstadiums der Gesellschaft noch zuerkennt. Nachdem aufgrund der h.M.[100] die ehemalige Verwaltung auch nach Auflösung der Gesellschaft noch fortbesteht, dürfte deren Wissen auch in diesem Stadium prinzipiell noch relevant sein. Durch den Übergang der allgemeinen Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis an die Liquidatoren[101] wird der Wissensstand der Verwaltungsorgane jedoch in der Praxis nur eine untergeordnete Rolle spielen[102].

Bleiben andererseits Direktoren, d.h. weitere Organe, zur Abwicklung der Liquidation in ihrer angestammten Funktion[103], so muss sich die Gesellschaft deren Wissen in gleichem Masse wie vor der Auflösung anrechnen lassen[104].

Werden somit nach Auflösung der Gesellschaft spezielle Liquidatoren bestellt, so erlangt sowohl deren Kenntnislage als auch diejenige der ehemaligen Verwaltung und weiterhin tätigen Direktoren Bedeutung für die Gesellschaft. Der Kreis der Wissensträger erweitert sich in einem solchen Falle ähnlich wie bei der Vergrösserung des Verwaltungsgremiums einer sich nicht in Liquidation befindenden Gesellschaft[105].

b) Im Konkurs

Wird die AG infolge Konkurs aufgelöst, so besorgt die Konkursverwaltung die Liquidation nach den Vorschriften des Konkursrechtes (Art. 197 ff. SchKG). Die Organe der Gesellschaft bleiben zwar weiterhin bestehen und üben die Rechte und Pflichten des Gemeinschuldners im Konkursverfahren aus[106], doch kommt eine Vertretung nach aussen nicht mehr in Betracht, da grundsätzlich die Verwaltung der Masse und damit des Vermögens der Konkursverwaltung zusteht. Das Verfügungsrecht über das Vermögen des Konkursiten geht von Gesetzes wegen auf die Gläubiger über[107].

100 Bürgi Art. 739 N. 33; Schucany Art. 739 N. 2; W. v.Steiger Art. 823 N. 5; Heberlein 78 ff. 84; a.A. F. v.Steiger SAG 22 41 f.

101 Art. 743 OR. Siehe dazu Heberlein 79 ff.

102 Bei der Auffassung, dass der Verwaltung immer noch die oberste Aufsichtspflicht über die Liquidatoren zukommt (so Bürgi Art. 739 N. 31 in fine; Schucany Art. 739 N. 2; – a.A. Heberlein 80), dürfte deren Wissen die gleiche Bedeutung haben, wie die Kenntnis eines nicht vertretungsberechtigten Organmitgliedes einer sich nicht in Liquidation befindenden Gesellschaft. ,

103 Dazu Heberlein 25 ff.

104 Der Eintritt der Gesellschaft ins Liquidationsstadium hat auch keinen Einfluss auf die mögliche Zurechnung der Kenntnis von Hilfspersonen. Dazu § 8 II und § 9 II.

105 Vgl. vorne S. 70.

106 Siehe die Zusammenstellung von möglichen Pflichten der Verwaltung im Konkursverfahren bei Bürgi Art. 740 N. 29.

107 Vgl. Fritzsche II 41. "Durch den Eintritt des Konkurses wird die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft zugunsten der Konkursmasse aufgehoben", Bürgi Art. 736 N. 25.

Die Hauptaufgabe der Konkursverwaltung ist die Erhaltung und Verwaltung der Masse (Art. 240 SchKG). Dazu kann auch der Abschluss neuer Rechtsgeschäfte (Kaufverträge, Anstellungsverträge etc.) notwendig werden[108]. Die Konkursverwaltung hat grundsätzlich jede zur Durchführung des Konkurses notwendige Tätigkeit auszuüben. Soweit es bei dieser Tätigkeit auf die Kenntnis gewisser Umstände ankommt, kommt die Person des Konkursverwalters in Betracht[109].

Die Kenntnis des Gemeinschuldners ist ohne Bedeutung[110], unter anderem auch deshalb, weil die Konkursverwaltung nicht als Stellvertreter (Art. 32 ff. OR) des Gemeinschuldners angesehen werden kann[111].

2. Bei Auflösung ohne Liquidation

Auch die Auflösung einer AG ohne Liquidation führt zu ihrem Untergang, dem Dahinfallen der juristischen Person. So heisst es in den allgemeinen Bestimmungen über die Auflösung (Art. 737 OR): Die aufgelöste Gesellschaft tritt in Liquidation unter Vorbehalt der Fälle der Fusion, der Übernahme durch eine Körperschaft des öffentlichen Rechts und der Umwandlung in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Und nachdem in den speziellen Bestimmungen über die Auflösung mit Liquidation festgehalten wird, dass die Gesellschaft in diesem Falle die juristische Persönlichkeit (bis auf weiteres) beibehält (Art. 739 Abs. 1 OR), muss für alle andern Fälle geschlossen werden, dass die Auflösung den (sofortigen) Untergang der Rechtspersönlichkeit zur Folge hat. Der Untergang mindestens eines Rechtssubjektes als Träger von Rechten und Pflichten wird denn auch als Wesensmerkmal der Fusion angesehen[112].

Hier stellt sich nun die Frage, ob bei der Vernichtung des Rechtssubjektes auf Grund der "besonderen Fälle der Auflösung" (Art. 748-750 OR) sein rechtlich relevantes Wissen ebenso bedeutungslos wird, wie im Falle der Auflösung mit vollendeter Liquidation.

108 C. Jaeger, Kommentar zum BG betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Auflage 1911, Art. 240 N. 2.

109 OG des Kantons Zürich in ZR 29 Nr. 93 S. 238: "Nachdem über die Industriebank der Konkurs eröffnet worden ist, ist an deren Stelle die Konkursmasse und als deren Vertreterin die Konkursverwaltung getreten. Für den Beginn der nach Art. 31 Abs. 1 OR laufenden Frist kommt mithin der Zeitpunkt in Betracht, in welchem die Konkursverwaltung von den erheblichen Tatsachen Kenntnis hatte."

110 Ebenso die herrschende deutsche Meinung: Jaeger, Konkursordnung, 8. Auflage 1958 § 6 N. 3; Böhle-Stramschräder, Konkursordnung, 11. Auflage 1974 § 6 N. 4.

111 Zur rechtlichen Stellung der Konkursverwaltung: Jaeger (zit. N. 108) Art. 240 N. 5; E. Bürgi in BLSchKG 1948 104; Fritzsche II 41, 43 f.; Sträuli/Messmer, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 1976 § 27/28 N. 20.

112 Bürgi Vor. Art. 748-50 N. 13; Küry 53.

Bei der Auflösung mit anschliessender Liquidation (Art. 739-747 OR) geht letzten Endes nicht nur das Rechtssubjekt unter, auch die wirtschaftlichen Werte, z.B. das know how, der Kundenstamm, die Absatzorganisation etc. werden vernichtet. Bei der Auflösung ohne Liquidation geht das Rechtssubjekt, wie wir vorne gesehen haben, zwar auch unter; die übertragende Gesellschaft verliert ihre Stellung als wirtschaftlich selbständiges und mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattetes Unternehmen. Dabei darf aber nicht übersehen werden, dass diese Auflösung eine rein formaljuristische ist[113]. Wesentlich für eine Fusion ist ja gerade, dass beide Gesellschaften als Unternehmen – allerdings in einer einzigen juristischen Person – weiterleben. Neben der wirtschaftlichen besteht aber auch eine weitgehende rechtliche Kontinuität, indem nämlich auf dem Weg der Universalsukzession alle Rechte und Pflichten auf das übernehmende Subjekt übergehen[114]. Es kommt zu einer Rechtsnachfolge in einen gesamten Rechtsbestand. Das heisst, dass sich der Inhalt der übergehenden Rechte und Pflichten grundsätzlich nicht ändert. Der Rechte- und Pflichtenkreis geht in seiner Gesamtheit (Vermögensrechte und Mitgliedschaftsrechte) auf den neuen Rechtsträger über. "Das Objekt der Rechte und Pflichten bleibt identisch, nur das Subjekt, dem dieses Objekt zugeordnet ist, hat gewechselt[115]." Der Umfang der Gesamtheit von Rechten und Pflichten, in welche die übernehmende Gesellschaft eintritt, wird, abgesehen von unübertragbaren Rechten und Pflichten[116], somit einzig und alleine durch die Zugehörigkeit zum übertragenden Rechtssubjekt bestimmt. Das bedeutet, dass einerseits Rechte und Pflichten übergehen, die dem Erwerber nicht bekannt waren[117], anderseits sich aber der Übergang auf die Rechte und Pflichten beschränkt, die der aufgelösten Gesellschaft tatsächlich zustanden. Daher ist zum Beispiel ein gutgläubiger Eigentumserwerb von Gegenständen, die der übertragenden Gesellschaft nicht gehören, ausgeschlossen[118]. Die Gründe, die bei der Singularsukzession den Schutz des guten Glaubens rechtfertigen (Verkehrssicherheit etc.) sind bei der Universalsukzession, der Rechtsfolge in einen gesamten Rechtsbestand, nicht relevant.

113 Küry 53.

114 Heute h.M., vgl. Bürgi Vor. Art. 748-50 N. 15; F. v.Steiger 356; Küry 70 ff.; J. Suter, Die Fusion von Aktiengesellschaften im Privatrecht und im Steuerrecht, Diss. Zürich 1965 S. 11 f.

115 Bürgi, Vor. Art. 748-50 N. 17.

116 Bürgi, Vor. Art. 748-50 N. 16; dazu kritisch, Küry 74 f.; Suter (zit. N. 114) 33 ff.

117 Küry 39; v.Tuhr II 1 86.

118 h.M., Bürgi Vor. Art. 748-50 N. 15; F. v.Steiger 357; Küry 39; Suter (zit. N. 114) 32 f.; Staudinger-Seufert § 892 N. 27c; Kraft in Köl.Komm. § 346 N. 14; a.M., Rud. Arndt, Die Wirkung der Fusion insbesondere auf gegenseitige Verträge, Diss. Zürich 1933 S. 11 ff.

Dieses für den gutgläubigen Eigentumserwerb gefundene Resultat wird nun offenbar von einzelnen Autoren auf weitere Tatbestände analog angewendet, und sie kommen generell zum Schluss, dass sich die übernehmende Gesellschaft schlechthin das Wissen oder Nichtwissen des übertragenden Subjekts anrechnen lassen müsse[119]. Dies trifft zweifellos für den Fall zu, wo die Wissensträger der übernommenen Gesellschaft weiterhin für die übernehmende Gesellschaft tätig sind[120].

Im gegenteiligen Fall jedoch, wenn die Organmitglieder der übernommenen Gesellschaft im "neuen" Verwaltungsrat keinen Einsitz haben[121], dürfte das Resultat nicht so eindeutig sein. Es handelt sich dann gewissermassen um einen Parallelfall zur bereits vorne umschriebenen Situation, wo ein Wissensträger während des Bestehens der juristischen Person austritt[122]. Auch hier müsste demzufolge auf Grund des Einzelfalles entschieden werden, ob die Kenntnis des ehemaligen Wissensträgers der übernommenen Gesellschaft der übernehmenden Gesellschaft zugerechnet werden muss.

119 Breit, ZHR 95 35: "Der in der Gesamtrechtsnachfolge liegende Subjektwechsel würde für Dritte unberechtigte Vorteile oder ebenso ungerechtfertigte Nachteile zur Folge haben, wenn das neue Subjekt des Vermögens nicht auch auf das Wissen oder Nicht-Wissen, das Kennen oder Nicht-Kennen des bisherigen Subjekts sich berufe und andererseits solches Wissen oder Nicht-Wissen gegen sich gelten lassen müsste. Daher erwirbt z.B. die übernehmende Gesellschaft niemals aufgrund ihres guten Glaubens Eigentum an Mobilien, die nicht im Eigentum der untergegangenen Gesellschaft gestanden haben." Suter (zit. N. 114) 33 N. 1; wohl auch F. v.Steiger 357.

120 Die Situation präsentiert sich hier ähnlich, wie wenn ein neues Organmitglied in eine Gesellschaft eintritt. Dessen früher erlangtes Wissen hat ja ebenfalls Bedeutung für die Gesellschaft, vgl. vorne S. 70.

121 Worauf sie grundsätzlich keinen Anspruch haben.

122 Siehe vorne S. 68 ff.

§ 9 *Allgemeiner Lösungsweg*

I. Die Erheblichkeit des Wissens der Organmitglieder

In § 8 I. haben wir festgestellt, dass der juristischen Person die Rechts- und Handlungsfähigkeit zukommt, und zwar im rein juristischen Sinn, auf Grundlage des positiven Rechts: Bestimmte Handlungen ihrer Organe erzeugen direkt rechtliche Wirkungen für sie selber. Analog zur Handlungsfähigkeit haben wir der juristischen Person auch die Wissensfähigkeit (im streng juristischen Sinn) zuerkannt. Wir sind unter anderem davon ausgegangen, dass eine Rechtsordnung, die den Verband als Rechtssubjekt anerkennt, ihm sogar einen "eigenen" Willen (Handlungsfähigkeit) zuerkennt, ihn gezwungenermassen auch mit der Fähigkeit der Kenntnisnahme ausstatten muss, denn nur so kann er wirklich am Rechtsleben teilnehmen. Die in unserer Rechtsordnung weitgehende Gleichstellung der natürlichen und juristischen Personen (Art. 53 ZGB) hat seine Auswirkungen auch im Bereich des rechtlich relevanten Wissens. Daher wäre es z.B. undenkbar, dass eine juristische Person nicht gutglaubensfähig wäre. Auch sie soll sich auf den guten Glauben berufen können und ihr sollen selbstverständlich die Gutglaubensschutzwirkungen zugute kommen. Anderseits hat sie aber auch die negativen Folgen, die die Rechtsordnung an die Bösgläubigkeit knüpft, zu tragen.

Wenn wir nun die juristische Person grundsätzlich als wissensfähig betrachten, so heisst dies, dass in den selben Situationen, in denen das Wissen für eine natürliche Person relevant wäre, es gleichermassen für eine juristische Person (im Bereiche ihrer Rechtsfähigkeit) relevant sein muss. Die juristische Person kann m.a.W. alle juristischen Tatsachen zur Kenntnis nehmen, was unter anderem dazu führt, dass sie neben gutglaubens- und bösglaubensfähig auch aller Willensmängel fähig ist[1]. Hier muss jedoch sogleich wieder hinzugefügt werden, dass nicht irgendein fiktives Bewusstsein die Kenntnislage der juristischen Person darstellt, sondern dass das Wissen gewisser natürlicher Personen als das Wissen der juristischen Person gilt.

Es stellt sich nun die Frage, welche (Organ-)Person bzw. Personen für die Beurteilung, ob ein Verband eine juristische Tatsache zur Kenntnis genommen hat, im Einzelfall ausschlaggebend sind. Eine einheitliche Lösung wird kaum möglich sein, da die Organisation der einzelnen juristischen Personen, deren Geschäftsführung und Vertretung und somit deren "Wissensträgerschaft" sehr verschieden konzipiert sein kann: Einerseits gibt es juristische

1 Siehe vorne § 3.

Personen, die von einer einzigen Organperson geleitet werden (z.B. Immobilien-Einmann-Aktiengesellschaften), anderseits gibt es Verbände, deren Leitung in den Händen einer grossen Zahl von Organmitgliedern liegt, die diese einzeln oder kollektiv vertreten (z.B. Grossbanken).

Es ist daher im folgenden zu untersuchen, wieweit der Kenntnisstand eines Organmitgliedes den Kenntnisstand der juristischen Person im einzelnen beeinflussen kann und ob trotz so unterschiedlicher Vertretungsorganisationen (Einmann-AG gegenüber Gross-AG) eine einheitliche Lösung im Sinne der Formel: Das Wissen eines Organmitgliedes ist das Wissen der juristischen Person, möglich ist, oder ob differenziertere Lösungen gesucht werden müssen, um den einzelnen Situationen gerecht zu werden.

A. Das Wissen des am konkreten Rechtsakt beteiligten einzelzeichnungsberechtigten Organmitgliedes

1. Besitzt ein Verband lediglich eine einzige Organperson (siehe z.B. Art. 707 Abs. 1 OR), so muss ihm logischerweise deren Handeln zugerechnet werden, ansonsten er am Rechtsleben gar nicht teilnehmen könnte, weil ihm die Handlungsfähigkeit fehlen würde. Diese einzige vertretungsberechtigte Organperson (siehe Art. 717 Abs. 1 OR) ist im Bereich des rechtsgeschäftlichen Handelns nach aussen das nach Art. 54 ZGB "unentbehrliche" Organ[2]. Erst nach ihrer Wahl durch die Generalversammlung entsteht für die Korporation die Möglichkeit, am Rechtsleben teilzunehmen, erst nach diesem Zeitpunkt ist er handlungsfähig[3].

Nachdem wir zum Schluss gekommen sind[4], dass eine juristische Person in dem Sinne wissensfähig ist, dass das Wissen gewisser Menschen (Organe) als ihr Wissen gilt, so ist es zwangsläufig gerade das Wissen dieser einzigen, unentbehrlichen Organperson, das den Kenntnisstand der juristischen Person bildet[5].

Es ist nun aber nicht so, dass die juristische Person sich ausschliesslich zu ihrem Vorteil des Wissens einer natürlichen Person "bedienen" könnte. Sie

2 Neben der Verwaltung (Art. 707 ff. OR) gehören für die AG die GV (Art. 698 ff. OR) und die Kontrollstelle (Art. 727 ff. OR) zu den "unentbehrlichen" Organen.

3 Verliert eine juristische Person (vorübergehend) sein einziges vertretungsberechtigtes Organ, so geht sie nicht unter, sondern büsst lediglich ihre Handlungsfähigkeit ein, bis ein neues Organmitglied von der GV gewählt, oder von der Vormundschaftsbehörde ein Beistand (Art. 393 Ziff. 4 ZGB) ernannt worden ist.

4 Siehe vorne S. 57.

5 Zu diesem Resultat gelangt man sowohl aufgrund der Vertreter- wie der Organtheorie, wobei hier Gierksches Bild, dass das Verhalten des Organs das Verhalten der juristischen Person sei, am ehesten seine Berechtigung hat.

muss sich selbstverständlich auch das mit nachteiligen Rechtsfolgen verbundene Wissen (und Wissenmüssen)[6] des alleinigen Organs anrechnen lassen; dies umso mehr, als im vorliegenden Fall ihr gesamtes Wissen und Wollen bei einer einzigen natürlichen Person vorliegt, womit die juristische Person sich in mancher Hinsicht sehr stark der natürlichen Person annähert.

Fehlt dagegen das vertretungsberechtigte Organ überhaupt, so ist eine juristische Person gar nicht in der Lage, eine rechtlich relevante Tatsache zur Kenntnis zu nehmen[7]. In diesem Zusammenhang hat denn auch das Bundesgericht entschieden[8], dass bei der ungerechtfertigten Bereicherung die Verjährungsfrist (Art. 67 OR) für eine AG gar nicht zu laufen beginnen könne, wenn das Vertretungsmandat der einzigen Organperson zur Zeit der Bereicherung abgelaufen sei[9]. Denn in dieser Situation gehe der AG die Fähigkeit ab, vom zugefügten Schaden Kenntnis zu haben und zu intervenieren, da das Wissen dieses nicht bestätigten Verwaltungsrates nicht mehr der AG zugerechnet werden könne.

2. Zählt ein Verwaltungsgremium mehrere Mitglieder, die (alle) einzelzeichnungsberechtigt sind, so muss ohne Zweifel die Bewusstseinslage des jeweils an einem Rechtsakt beteiligten Organträgers der juristischen Person zugerechnet werden (h.M)[10]. Das Argument, das bei einer einzigen vertretungsberechtigten Organperson entscheidend für die Zurechnung ihres Verhaltens spricht, nämlich die Sicherung und Gewährleistung der Handlungsfähigkeit der juristischen Person, fällt natürlich bei mehreren Vertretern dahin, denn hier wird ja die für die Handlungsfähigkeit gestellte Minimalanforderung überschritten[11]. Die Zurechnung des Verhaltens jedes einzelnen Organmitgliedes ist für die Existenz der juristischen Person nicht mehr eine conditio sine qua non. Eine Mehrzahl von Verwaltungsräten macht die juristische Person nicht erst handlungsfähig, sondern "handlungsfähiger".

6 Siehe vorne § 2 III.

7 Die durch die fehlende Verwaltung hervorgerufene Wissensunfähigkeit kann im Verkehr nach aussen auch nicht durch die Kenntnis der GV geheilt werden. Die juristische Person bleibt wissensunfähig, bis eine neue Organperson von der GV gewählt oder von der Vormundschaftsbehörde ein Beistand ernannt worden ist, siehe vorne N. 3.

8 BGE 67 II 29; ausführlich nur JdT 1941 249 ff.

9 Ebensowenig beginnt die Verjährungsfrist zu laufen, wenn das durch die GV gewählte Vertretungsorgan sein Amt nicht antreten kann, weil ihm die Aktionärseigenschaft fehlt (Art. 707 Abs. 2 OR), BGer in JdT 1941 253.

10 Siehe aber hinten D.S. 89 ff. und § 11 S. 128 ff.

11 Es ist auffallend, dass gerade in den Fällen, in denen eine juristische Person ihrer ursprünglichen Bestimmung gemäss ins Leben gerufen wird, nämlich um Aufgaben zu erfüllen, die die Kräfte eines Einzelnen übersteigen, die gesetzlichen Minimalanforderungen zur Erlangung der Handlungsfähigkeit immer weit überschritten werden.

Ausschlaggebend für die Zurechnung der Bewusstseinslage der einzelnen Organmitglieder sind letztlich Billigkeitserwägungen, und zwar die selben Billigkeitserwägungen, die auch zur Haftung der juristischen Person für die Handlungen ihrer Organe geführt haben: Kann eine juristische Person mit einer beliebigen Zahl von Organmitgliedern, die alle mit ihren Willenserklärungen unmittelbar den Verband berechtigen und verpflichten können, am Rechtsverkehr teilnehmen, so soll sie nicht nur die daraus entstehenden Vorteile geniessen können, sondern muss auch für die Schäden einstehen, die durch Fehler oder bewusste Rechtsverletzung dieser Personen bei Dritten entstehen[12]. Dieser rechtspolitische Gedanke der Vorteilsausgleichung bei Arbeitsteilung findet aber nicht nur Anwendung im Haftungsbereich, sondern hat generelle Bedeutung für das gesamte Rechtsleben, so auch für die Tatbestände des rechtlich relevanten Wissens. Es erscheint daher sicher gerechtfertigt, dass eine juristische Person nicht nur die aus dieser arbeitsteiligen Persönlichkeitserweiterung resultierenden Vorteile geniessen soll, sondern sich auch die aus dem Wissen (und Wissenmüssen, Art. 3 Abs. 2 ZGB) jedes einzelnen Organmitgliedes entstehenden Nachteile anrechnen lassen muss, unter der Voraussetzung, dass die Faktoren Wissen und Handeln in der gleichen natürlichen Person zusammentreffen[13]. Und zwar erlangt der Kenntnisstand des an einem Rechtsakt beteiligten Organmitgliedes nicht nur Bedeutung beim rechtsgeschäftlichen Handeln, d.h. im Zusammenhang mit der Vornahme von Rechtsgeschäften, sondern auch als Begleiterscheinung von Realakten.

Die Übertragung des Eigentums an Fahrnis setzt im allgemeinen einen gültigen Rechtsgrund (Rechtsgeschäft) und die Übergabe des Besitzes (Realakt) voraus. Ein weiteres Erfordernis ist die Verfügungsbefugnis des Veräusserers, die aber (bei anvertrauten Sachen) durch den guten Glauben des Empfängers ersetzt werden kann (Art. 933 ZGB). Im letzteren Falle kommt somit der Bewusstseinslage des Empfängers entscheidende Bedeutung zu. Fallen nun aber Rechtsgeschäft und Sachübergabe zeitlich auseinander, so stellt sich die Frage, wann der gute Glaube beim Empfänger vorhanden sein muss. Bei vorangehender Einigung der Parteien ist ohne Zweifel die Besitzübergabe massgebend[14]. Bestellt nämlich jemand gewisse Waren und erkennt bei der späteren Sachübergabe, dass der Veräusserer, da diesem die Ware z.B. nur anvertraut wurde, gar nicht zum Verkauf berechtigt ist, so würde bei blossem Abstellen auf die Gutgläubigkeit zur Zeit

12 So schon Motive zum deutschen BGB I S. 103; Staudinger/Coing § 31 N. 1; Soergel/Schultze-v.Lasaulx § 31 N. 1.

13 gl.M. Baumann 290.

14 Zum massgebenden Zeitpunkt des guten Glaubens siehe Jäggi Art. 3 N. 131; Stark Art. 933 N. 79; Homberger Art. 933 N. 34; Oftinger Art. 884 N. 358; ausführlich Reichel 205 ff.; BGE 90 IV 16; 83 II 133.

des Vertragsabschlusses das Eigentum übergehen, was aber sicher mit dem Grundgedanken des Gutglaubensschutzes nicht zu vereinbaren wäre. Somit ist die Kenntnislage im Rahmen des Eigentumserwerbes bei einem rein tatsächlichen Vorgang (Sachübergabe), der keinen rechtsgeschäftlichen Willen voraussetzt, ausschlaggebend.

Diese Feststellung bringt sicher keine Probleme im Rahmen des Eigentumserwerbs einer juristischen Person, wenn ein Organmitglied sowohl das Rechtsgeschäft als auch die Besitzesübernahme vornimmt. Das Organ ist ja in der Lage, sowohl rechtsgeschäftlich als auch tatsächlich für die juristische Person zu handeln[15] und es ist daher selbstverständlich, dass sich der Verband ebenso wie beim Rechtsgeschäft auch beim tatsächlichen Handeln die Bewusstseinslage des Organmitgliedes anrechnen lassen muss. Hier stellt sich dagegen die Frage, wessen Kenntnislage beim Besitzerwerb durch ein Nichtorgan der juristischen Person zugerechnet werden muss[16].

Neben der im Zusammenhang mit der Vornahme eines Rechtsgeschäfts oder einer Tathandlung relevanten Kenntnis kann auch blosses Wissen, völlig losgelöst von einer positiven Rechtshandlung, rechtliche Folgen haben[17]. Hier kann selbstverständlich der vorhin als Voraussetzung für die Zurechnung angenommene Konnex zwischen Wissen und Handeln gar nicht vorliegen. Die juristische Person ist aber auch fähig solche Tatbestände zu erfüllen, bei denen Wissen von Tatsachen nicht nur ein Tatbestandsstück, sondern den gesamten Tatbestand einer Rechtsnorm begründet. In diesem Sinne kann z.B. für eine juristische Person eine Frist zu laufen beginnen[18] (Art. 60, 67 OR). Dies trifft ohne Zweifel dann zu, wenn ein Organmitglied sowohl den Schaden als auch die Person des Ersatzpflichtigen kennt und sich bewusst ist, dass der Schaden der juristischen Person zugefügt worden ist. Werden somit auch hier alle Tatbestandsstücke, die zwar ausnahmsweise nicht aus Handeln und Wissen, sondern aus blosser Kenntnis verschiedener Tatsachen bestehen, von einer natürlichen Person (Organmitglied) erfüllt, so muss der Tatbestand als von der juristischen Person erfüllt angesehen werden.

Zusammenfassend kann (vorläufig) festgehalten werden:

- Fehlt es am "unentbehrlichen" Vertretungsorgan, so ist die juristische Person nicht wissensfähig.

15 Zur Erlangung und Ausübung des Besitzes der juristischen Person durch Organe, Stark Art. 919 N. 47; Homberger Art. 919 N. 14; BGE 81 II 339 ff.; Staudinger/Seufert § 854 N. 26; Soergel/Mühl § 854 N. 11.

16 Siehe dazu hinten S. 115 ff.

17 Siehe vorne S. 13.

18 Becker Art. 60 N. 6; Bger in Sem. jud. 58 391; RG in JW 1936 3111; RG in Seuff. Arch. Nr. 3; siehe auch vorne bei N. 8 f. und hinten § 11 V.

- Die Bewusstseinslage der einzigen für die juristische Person handelnden Organperson ist dem Verband ausnahmslos zuzurechnen.
- Die juristische Person gilt bereits dann als wissend, wenn bei einem von mehreren einzelzeichnungsberechtigten Organmitgliedern die Faktoren Wissen und Handeln gemeinsam vorliegen. Ist ausnahmsweise ein Handeln zur Erfüllung eines Tatbestandes gar nicht nötig, sondern genügt dazu schon die Kenntnis verschiedener Tatsachen, so gilt die juristische Person auch als wissend, wenn ein einzelzeichnungsberechtigtes Organmitglied alle diese Tatsachen kennt.

B. Das Wissen des am konkreten Rechtsakt beteiligten kollektivzeichnungsberechtigten Organmitgliedes

Die Solidarvertretung[19] (Einzelvertretungsmacht) dürfte bei juristischen Personen die Ausnahme darstellen. Meistens wird in der Praxis Kollektivvertretung vorgesehen sein[20] und zwar dergestellt, dass zwei Vertreter den Verband berechtigen und verpflichten können. Die sogenannte Kollektivvertretung zu zweien eliminiert einerseits die Schwerfälligkeit, die der vom Gesetz subsidiär vorgesehenen gemeinsamen Vertretung aller Verwaltungsräte anhaftet (siehe z.B. Art. 717 Abs. 3 OR) und vermindert anderseits die der Solidarvertretung innewohnende Gefahr der ungeschickten und treuewidrigen Ausübung der Vertretungsmacht durch einfache Überwachung und Kontrolle.

Auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung kommt die schweizerische[21] Lehre und Rechtsprechung[22] zur Ansicht, dass die Kollektivvertretung nur im Bereich der aktiven Vertretung, bei der Abgabe von Willenserklärungen namens der Gesellschaft zur Anwendung gelangt. An Hand ihrer Zweckbestimmung, dem Schutz des Vertretenen vor übereilten und unredlichen Vertretungshandlungen eines einzelnen, ist ohne weiteres zu erkennen, dass die Kollektivvertretung ihre Berechtigung beim Empfang von empfangsbedürftigen Willenserklärungen verliert, denn im Rahmen der passiven Vertretung kann der Verband grundsätzlich gar nicht belastet werden[23],

19 Siehe dazu vorne § 7 I. S. 48 Pt. 2.

20 Aufgrund einer ausdrücklichen Bestimmung in den Statuten.

21 Siehe für Deutschland § 28 Abs. 2 BGB; § 78 Abs. 2 S. 2 AktG.

22 v.Tuhr/Siegwart I § 42 S. 326; Oser/Schönenberger Art. 460 N. 8; Becker Art. 460 N. 6; Springer 88; Siegwart Art. 556 N. 27; BGE 35 I 782.

23 Springer 88; siehe immerhin solche Fälle, bei denen das Stillschweigen des Adressaten genügt, um ein Vertragsverhältnis entstehen zu lassen (Bestätigungsschreiben, BGE 58 II 161; BGHZ 20 149) oder wo die durch Anzeige vermittelte blosse Kenntnis von Tatsachen bereits Rechtswirkungen herbeiführen; hinten bei N. 31.

weshalb ein Bedürfnis nach erhöhtem Schutz überhaupt nicht vorliegt. Vor allem entspricht die Anordnung der Einzelvertretung bei der Entgegennahme von Willenserklärungen aber auch einem praktischen Bedürfnis, da die kollektive Bindung in diesem Bereich den rechtlichen Verkehr mit einem Verband erheblich erschweren, u.U. geradezu verunmöglichen würde[24].

Welche Auswirkungen hat nun aber die Kollektivvertretung im speziellen auf Rechtsgeschäfte, deren Gültigkeit von der Kenntnis bestimmter Tatsachen abhängt? Kann sich z.B. ein Verband[25] nur dann nicht auf die Gutglaubensschutzwirkungen berufen, wenn alle am Rechtsgeschäft beteiligten Kollektivvertreter von der mangelnden Verfügungsbefugnis des Veräusserers Kenntnis haben, oder genügt dazu bereits die Kenntnis eines einzelnen Kollektivvertreters?

Gestützt auf den erwähnten Grundsatz, dass eine Willenserklärung einem von mehreren Gesamtvertretern gegenüber wirksam abgegeben werden kann, folgern nun einige Autoren[26] direkt, dass allgemein die Kenntnis eines (am Rechtsgeschäft beteiligten)[27] Gesamtvertreters als Kenntnis der Körperschaft gilt. Bei näherem Hinsehen zeigt sich nun aber, dass diese Folgerung in ihrer Allgemeinheit nicht zutreffen kann, die Vertreter dieser Ansicht vielmehr den grundsätzlichen Unterschied zwischen passiver Vertretung und dem Zustand der Kenntnis als solchem verkennen[28].

Vorerst ist einmal festzuhalten, dass die Kenntnisnahme einer rechtserheblichen Tatsache in den meisten Fällen nicht auf einer Willenserklärung der Gegenpartei, sondern vielmehr auf einem geschäftsähnlichen Handeln, einer Wissenserklärung (Mitteilung, Anzeige, Benachrichtigung etc.) beruht[29]. Nun beschränkt sich aber der in § 28 Abs. 2 BGB für Deutschland aufgestellte, für die Schweiz durch Lehre und Rechtsprechung anerkannte Grundsatz wie erwähnt nicht nur auf die Entgegennahme von Willenserklärungen, sondern bezieht sich nach herrschender deutscher und schweizerischer Lehre auch auf Wissenserklärungen[30]. Diese analoge Anwendung ist

24 Dem Dritten, der z.B. eine Offerte einer AG akzeptieren will, kann nicht zugemutet werden, dass er sich dazu an mehrere Organmitglieder wenden muss.

25 Die folgenden Ausführungen haben nicht nur Gültigkeit für die Organ-Kollektivvertretung, sondern für jede mögliche Kollektivvertretung (Art. 32 ff. OR, Art. 460 Abs. 2 OR) – Der grundlegende Unterschied zwischen Organvertretung und einfacher Stellvertretung spielt hier, wo es alleine auf die Ausgestaltung der Vertretung ankommt, keine Rolle.

26 vgl. Egger Art. 54/55 N. 17; W. v.Steiger Art. 811 N. 18; Becker Art. 460 N. 6; siehe vorne § 6 N. 11 für das deutsche Recht. Ausdrücklich gegen diese Herleitung, Mertens in Köl.Komm. § 76 N. 17; Schilling in Hachenburg § 35 N. 8a.

27 z.T. wird dieser Grundsatz ebenfalls herangezogen um zu beweisen, dass die Kenntnis auch eines nicht am konkreten Rechtsgeschäft beteiligten (Kollektiv)Vertreters als Kenntnis der juristischen Person gelte; siehe dazu hinten E. S. 95 f.

28 Siehe vorne S. 6 f.

29 Siehe vorne S. 10.

30 Siehe vorne § 1 N. 22.

ohne Zweifel nötig, denn es entspricht ebenso wie bei den Willenserklärungen einem praktischen Bedürfnis, dass Mitteilungen gegenüber jedem einzelnen Vertreter gültig abgegeben werden können. In diesem Sinne verliert z.B. ein Verband als Käufer auch sein Recht auf Gewährleistung (Art. 200 Abs. 1 OR), wenn der Verkäufer nur einen Kollektivvertreter mittels Anzeige auf die Mangelhaftigkeit der Ware aufmerksam gemacht hat[31].

Nun kann man aber nicht nur mittels Mitteilung vom Gegenkontrahenten Kenntnis von rechtserheblichen Tatsachen erlangen, in den Zustand des Wissens versetzt werden. Von weitaus grösserer Bedeutung sind diejenigen Tatbestände, bei denen eigene Wahrnehmungen, z.T. erst zusammen mit entsprechenden Schlüssen, zur rechtlich relevanten Kenntnis führen, oder wo gar kein effektives Wissen vorliegt, sondern aus rechtspolitischen Gründen die fahrlässige Unkenntnis der wirklichen Kenntnis gleichgesetzt wird (Wissenmüssen). In einem solchen Falle verliert aber das Argument, das zur Einzelvollmacht bei Passivvertretung geführt hat (die Erleichterung des Verkehrs zugunsten des Gegenkontrahenten), seine Bedeutung, da dieser Gegenkontrahent vorliegend zur Kenntnislage des Vertragspartners gar nichts beiträgt, vielmehr gänzlich unbeteiligt ist. Fällt nun aber das Hauptargument, das bei der Passivvertretung zur Einzelvertretungsmacht geführt hat, bei den eigentlichen "Wissenstatbeständen" dahin, so können die Bestimmungen über die Passivvertretung sicher nicht als Beweis für die Einzelvertretungsmacht bei eben diesen "Wissenstatbeständen" herangezogen werden[32]. Hier hilft, wie Baumann[33] richtig betont, nur eine Interessenabwägung.

Bei Gutglaubenstatbeständen, wo die Interessen am konkreten Rechtsgeschäft unbeteiligter Dritter tangiert werden, muss ohne Zweifel schon das Wissen bzw. Wissenmüssen eines am massgeblichen Rechtsakt teilnehmenden Kollektivvertreters zum Verlust des Gutglaubensschutzes für die juristische Person führen[34]. Bereits die Kenntnis nur eines Kollektivvertreters vom Rechtsmangel rechtfertigt es nicht mehr, dass der Gegeninteressent (Dritte) den Nachteil des Gutglaubensschutzes tragen muss[35]. Die gegenteilige Auffassung würde dem allgemeinen Sinn und Zweck der Gutglaubensvorschriften widersprechen[36].

Aber auch in Fällen, bei denen nur die gegensätzlichen Interessen vom direkten Gegenkontrahenten und vom Verband zur Diskussion stehen (z.B.

31 Siehe vorne N. 23.
32 Siehe auch Schwoerer 22, 75 f.
33 Baumann 296.
34 h.M., vgl. Egger Art. 3 N. 9; Stark Art. 933 N. 75; Homberger Art. 933 N. 35; v.Tuhr/Siegwart I § 44 S. 338; v.Rath 118 und Schwoerer 21 je mit Zitaten.
35 Auch wenn dieser den Anlass zum Rechtsmangel gegeben hat, siehe dazu Jäggi Art. 3 N. 57.
36 Zu den gesetzgeberischen Gründen des Gutglaubensschutzes, Jäggi Art. 3 N. 55 ff.

dort, wo die Kenntnis von Tatsachen im Rahmen von Gewährleistungsansprüchen oder als Beginn einer Frist eine Rolle spielen), scheint es durchaus gerechtfertigt, dass das Wissen eines kollektiv handelnden Vertreters als Kenntnis des Verbandes gilt[37]. Der am konkreten Rechtsakt beteiligte Kollektivvertreter ist ja in der Lage, seine(n) mithandelnden Vertreter über die wirkliche Situation aufzuklären[38]. Unterlässt er aber eine entsprechende Aufklärung, so muss dies als Pflichtverletzung oder Fahrlässigkeit bewertet werden, die der Verband zu vertreten hat. In diesem Sinne äussert sich das RG bereits im Jahre 1885[39]: "Es würde in hohem Masse unbillig sein, wenn die Gesellschaft die Nachteile dieses schuldvollen Verhaltens (i.e. Vernachlässigung der Aufklärungspflicht) ihres selbstgewählten Vertreters auf den gegenüberstehenden Dritten abwälzen wollte."

In der Literatur werden nicht nur Argumente aus dem Bereich der Passivvertretung, sondern auch solche von der Aktivvertretung herangezogen, um zu beweisen, dass bereits die Bewusstseinslage eines am Rechtsgeschäft beteiligten Kollektivvertreters die rechtliche Stellung des Verbandes beeinflusst.

Nach der überwiegenden Meinung kann eine juristische Person ein von mehreren Kollektivvertretern abgeschlossenes Rechtsgeschäft schon anfechten (Art. 31 OR), wenn nur ein Kollektivvertreter irrte, getäuscht oder bedroht wurde und dieser Willensmangel für seine Erklärung ursächlich war[40,41]. Dieser Auffassung ist zweifellos zuzustimmen. Bei der echten Kollektivvertretung besteht die Willenserklärung nicht aus einer einzigen Erklärung, sondern aus mehreren Erklärungen verschiedener Vertreter[42]. Jeder einzelne Kollektivvertreter muss eine eigene Willenserklärung abgeben, die zwar nicht allein, sondern nur als Bestandteil einer "Gesamterklärung" Wirkungen beim Verband hervorrufen kann. Die Kollektivvertreter sind gegenüber den Einzelvertretern somit nur insofern in der Ausübung ihrer Rechte beschränkt, als jeder an die Mitwirkung des andern (der übrigen) gebunden ist. Was Umfang und Bestand der Vertretungsmacht als

37 a.A. Schwoerer 22.

38 Dieses Argument gilt selbstverständlich auch für die eben erwähnten Gutglaubenstatbestände.

39 RG in Seuff. Arch. 40 Nr. 275 S. 399.

40 Statt vieler: Oser/Schönenberger Art. 460 N. 9; v.Tuhr/Siegwart I § 44 S. 338; Springer 86 f.; Stoffel 81 f.; Mertens in Köl.Komm. § 76 N. 16; Hefermehl in Gessler/Hefermehl/Eckhardt/Kropff § 78 N. 66 f.; Meyer-Landrut in Grosskomm.AktG § 78 N. 15, a.A. noch 2. Aufl. § 71 N. 21; Staudinger/Coing § 166 N. 4; Schwoerer 21; v.Rath 115 N. 278. Ebenso ist ein Rechtsgeschäft nichtig, wenn die Erklärung auch nur eines Gesamtvertreters – z.B. wegen Geschäftsunfähigkeit – nichtig ist, Kuhn in RGRK-BGB Vor. § 164 N. 9, § 166 N. 30; BGHZ 53 214.

41 Dass der Dritte anderseits das Rechtsgeschäft anfechten kann, wenn ihn ein Organmitglied durch Täuschung oder Drohung dazu gebracht hat, ist selbstverständlich, vgl. Art. 55 ZGB.

42 Nach der Konstruktion der Teilerklärung, dazu Schwoerer 16 ff.; v.Rath 21 ff.; siehe aber hinten C. S. 85 ff.

solche anbetrifft, so steht sie jedem Kollektivvertreter zu, jeder hat ein eigenes Recht[43]. Da beide Kollektivvertreter eine gleichwertige Teilerklärung abgeben, kann die Gesellschaft auch dann das Rechtsgeschäft anfechten, wenn lediglich eine dieser Erklärungen von einem Willensmangel beeinflusst war. Wird aber eine Teilerklärung wirksam angefochten, so wird sie nach Art. 31 OR unwirksam und es liegt keine gültige Gesamterklärung mehr vor.

Auch aus dem Grundgedanken der Kollektivvertretung ist leicht ersichtlich, dass jede Teilerklärung den allgemeinen Anforderungen, die für das Vorliegen einer rechtswirksamen Willenserklärung gestellt werden, entsprechen muss. Der Vertretene sucht ja durch die Anordnung der Kollektivvertretung seine Interessen bestmöglich zu wahren. Dieser Schutz entfällt jedoch nicht nur, wenn ein vorgesehener Kollektivvertreter am konkreten Rechtsgeschäft fehlt, sondern auch wenn alle zum Abschluss notwendigen Kollektivvertreter zwar am Rechtsgeschäft teilnehmen, der eine aber unter einem Willensmangel. Die Kollektivvertretung erfüllt eben ihren eigentlichen Zweck nur, wenn alle Kollektivvertreter eine (eigene) mängelfreie Willenserklärung abgeben.

Eine alleinige Berücksichtigung der Interessen des (Kollektiv)-Vertretenen kann nun aber zu unbilligen Resultaten für den Gegenkontrahenten führen. Es darf nicht übersehen werden, dass immerhin ein am Rechtsgeschäft beteiligter Kollektivvertreter den wahren Sachverhalt gekannt hat. U.U. ist dieser informierte Kollektivvertreter nämlich nach Treu und Glauben gehalten, seinen Mitvertreter über den Irrtum aufzuklären. Ist er dieser Pflicht nicht nachgekommen, so kann sich die Gesellschaft nicht mehr auf den Irrtum berufen[44].

C. Das Wissen des lediglich zustimmenden oder genehmigenden Kollektivvertreters

Auch bei prinzipiell vorgesehener Kollektivvertretung brauchen nicht alle Kollektivvertreter zur gleichen Zeit und am selben Ort zu handeln. Oft wird nur einer der Gesamtvertreter beim Abschluss eines Rechtsgeschäftes nach aussen tätig werden. Welche Anforderungen sind nun aber an die Erklärung des zweiten Kollektivvertreters zu stellen, damit der Vertretene verpflichtet wird? – Literatur und Rechtsprechung haben dazu allgemeine Richtlinien entwickelt[45], wobei für das schweizerische Recht eine umfassende Darstellung noch fehlt. Es wird unter anderem angenommen, dass auch im

43 Springer 35; Oser/Schönenberger Art. 460 N. 3.
44 Siehe Mertens in Köl.Komm. § 76 N. 16.
45 Siehe dazu Oser/Schönenberger Art. 460 N. 7 ff.; Gautschi Art. 458 N. 11; Siegwart Art. 556 N. 27; BGE 35 II 614; 58 II 160 f.; Schwoerer 28 ff.; v.Rath 40 ff. je mit umfassenden Hinweisen. Siehe dagegen v.Tuhr/Siegwart I § 42 N. 113.

formbedürftigen schriftlichen Rechtsverkehr nur einer der Kollektivvertreter zeichnen müsse, und es genüge, dass der andere, ohne zu zeichnen, vorgängig ausdrücklich oder stillschweigend dem Rechtsakt zustimme oder ihn nachträglich genehmige. Hier stellt sich nun die Frage, wieweit die Kenntnis, das Kennenmüssen oder Willensmängel des vorgängig zustimmenden bzw. nachträglich genehmigenden Kollektivvertreters den Rechtsakt beeinflussen kann[46].

1. Es sei dahingestellt, ob die ausdrückliche oder stillschweigende Bevollmächtigung eines Kollektivvertreters durch einen Mitvertreter eine Handlungsvollmacht (Art. 462 OR) oder eine Erweiterung der Gesamtvertretungsmacht in eine Einzelvertretungsmacht mit beschränktem Umfang darstellt[47], da der Streit ohne praktische Bedeutung ist. Grundsätzlich werden sicher die allgemeinen Bestimmungen über die Stellvertretung (Vollmacht Art. 32 ff. OR) zur Anwendung kommen, wobei die herrschende Lehre nur eine "Einzelvollmacht" für bestimmte Geschäfte oder bestimmte Arten von Geschäften zulässt, nicht aber eine allgemeine Generalvollmacht[48]. Es steht hier also nicht mehr ein Problem der organschaftlichen Vertretung, sondern ein solches der einfachen Stellvertretung zur Diskussion.

Die Frage lautet demnach auch hier: Wie weit hat die Kenntnis (bzw. das Kennenmüssen) des Vollmachtgebers Einfluss auf das Vertretergeschäft? Wie wir vorne gesehen haben, haben Lehre und Rechtsprechung in der Schweiz dieses Problem im Zusammenhang mit Gutglaubenstatbeständen behandelt und sind aus Billigkeitserwägungen zum Ergebnis gekommen, dass auch der böse Glaube des (in keiner Weise am Rechtsgeschäft beteiligten) Vertretenen[49] einen rechtmässigen Sacherwerb ausschliesse[50]. Grundsätzlich dürfte dieses Resultat auch auf andere Tatbestände, bei denen es auf das blosse Wissen einer Tatsache ankommt, anzuwenden sein[51,52].

46 Im Rahmen dieser Arbeit kann es nur darum gehen, gewisse Probleme aus diesem Bereich aufzuzeigen; siehe für das deutsche Recht, Schwoerer 66 ff.; v.Rath 116 ff.

47 Oser/Schönenberger Art. 459 N. 9, Art. 460 N. 11; H.P. Knoepfel, Die Prokura nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1954 S. 65 ff.; Schilling in Hachenburg § 35 N. 13 mit Zitaten; Baumbach/Hueck § 78 N. 14.

48 Oser/Schönenberger Art. 460 N. 11; Becker Art. 460 N. 7; Springer 91; siehe auch deutsches HGB § 125 Abs. 2 S. 2 und die entsprechenden Kommentare dazu.

49 z.B. bei einer Generalvollmacht.

50 Siehe dazu vorne § 7 N. 13.

51 Siehe expressis verbis Art. 5 Abs. 1 VVG; Giger Art. 200 N. 9.

52 Der Willensmangel des Vollmachtgebers bezüglich des Ausführungsgeschäftes wird aufgrund der herrschenden Repräsentationstheorie als unerheblich erklärt. Dagegen ist die Bevollmächtigung als solche anfechtbar, wenn ihre Erteilung auf einem Willensmangel beruht (h.M., Oser/Schönenberger Art. 32 N. 28; v.Rath 116 f. mit Nachweisen). Müller-Freienfels dagegen weist wieder vermehrt auf den inneren Zusammenhang von Vertretergeschäft und Bevollmächtigung hin und wendet sich gegen die starre Befolgung der erwähnten

Für das schweizerische Recht kommt man somit zum Resultat, dass sich eine juristische Person, wo es auf die Kenntnis von rechtserheblichen Tatsachen ankommt, nicht nur das Wissen des allein nach aussen handelnden Kollektivvertreters, sondern ebenso das Wissen und Wissenmüssen des bzw. der bevollmächtigenden Kollektivvertreter anrechnen lassen muss[53,54]. Gibt es mehrere Kollektivvertreter (zu zweien), die den allein nach aussen handelnden Mitvertreter bevollmächtigen können, so stellt sich bei der stillschweigenden Ermächtigung die weitere Frage, auf wessen Kenntnis in concreto abzustellen sei. Hier dürfte allein die Würdigung des Einzelfalles zu akzeptablen Lösungen führen. Eindeutig ist die Situation nur bei der Gesamtvertretung i.S. von Art. 717 Abs. 3 OR; hier muss sich die juristische Person in jedem Fall die Kenntnis jedes einzelnen Kollektivvertreters anrechnen lassen[55].

2. Schliesst ein Kollektivvertreter allein ein Rechtsgeschäft ab, ohne vorgängig dazu von einem Mitvertreter ermächtigt worden zu sein, so entfaltet dieses Geschäft grundsätzlich keine Rechtswirkungen für die juristische Person. Der allein handelnde Kollektivvertreter überschreitet seine Vertretungsmacht und es kommen die Bestimmungen über die Stellvertretung ohne

Theorie. Es überrascht daher nicht, wenn letzterer sowohl den bösen Glauben des Vollmachtgebers stets berücksichtigt haben will (S. 398, 414), als auch die Willensmängel des Vollmachtgebers in bezug auf das Vertretergeschäft nicht a priori als irrelevant erklärt. (Siehe seine überzeugende Argumentation S. 403 ff.). Müller-Freienfels ist sicher darin beizupflichten, dass vorliegend nur eine differenzierte Interessenabwägung im konkreten Einzelfall zu einer befriedigenden Lösung führen wird. Dabei soll der Grundgedanke wegleitend sein, dass es jeweils auf die Person und die Bewusstseinslage bei der Willensbildung desjenigen ankommt, auf dessen Entschliessung der Geschäftsabschluss letztlich beruht, siehe nun BGHZ 51 147.

53 Siehe auch BGE 41 II 81, wo zwei Kollektivvertreter auf Anweisung eines Direktors handelten; ähnlich RGZ 81 433; RG in JW 1932 165.

54 Nach § 166 Abs. 2 BGB muss sich die juristische Person die Kenntnis des bevollmächtigenden Kollektivvertreters nur anrechnen lassen, wenn dieser besondere Weisungen erteilt hat; siehe aber die extensive Auslegung für den vorliegenden Fall bei Schwoerer 68, v.Rath 120. Siehe dazu auch Will 74; Meyer-Landrut in Grosskomm. AktG § 78 N. 21.

55 Die Beantwortung der Frage, ob ein Willensmangel (Irrtum) eines Kollektivvertreters, der einen Mitvertreter zur Vornahme eines Rechtsgeschäftes bevollmächtigt, zur Unverbindlichkeit dieses Rechtsgeschäftes führt, hängt primär davon ab, ob man strikte die Repräsentationstheorie anwendet oder nicht. (Siehe dazu vorne N. 52). M.E. kann auch hier nur ein Abwägen der gegensätzlichen Interessen im Einzelfall, gestützt auf den erwähnten Grundsatz, dass es jeweils auf die Person und die Bewusstseinslage bei der Willensbildung desjenigen ankommt, auf dessen Entschliessung der Geschäftsabschluss letztlich beruht, und nicht ein starres Festhalten an einer bestimmten Theorie zu befriedigenden Lösungen führen. So dürfte z.B. der Irrtum eines Kollektivvertreters hinsichtlich des Ausführungsgeschäftes rechtlich relevant sein, wenn dieser einen Mitvertreter gerade für dieses bestimmte Geschäft bevollmächtigt hatte. Anderseits kann eine (Willens-)Beteiligung des Vollmachtgebers am konkreten Ausführungsgeschäft auch gänzlich fehlen, weshalb sein Willensmangel zweifellos irrelevant bleibt; siehe dazu auch v.Rath 116 f.

Vertretungsmacht (Art. 419 ff. OR, § 177 ff. BGB) analog zur Anwendung[56]. Die juristische Person hat somit die Wahl, das Rechtsgeschäft zu genehmigen oder nicht. Genehmigt ein anderer Kollektivvertreter das Vertretergeschäft, so muss sich die juristische Person auch dessen rechtlich relevante Kenntnis anrechnen lassen. Wird nämlich die Kenntnis des bevollmächtigenden (Kollektiv)Vertreters der juristischen Person zugerechnet[57], so muss dies um so mehr bei der Genehmigung der Fall sein, wo Inhalt und Bestand des Vertretergeschäftes bereits für den Genehmigenden feststehen[58]. Durch die nachträgliche Stellungnahme zu einem konkreten Rechtsgeschäft befindet sich der Kollektivvertreter in einer ähnlichen Situation, wie wenn er selbst am Rechtsgeschäft teilgenommen hätte, denn sein Wille hat direkten Einfluss auf das Vertretergeschäft als solches[59]. Nach deutscher Lehre und Rechtsprechung wird denn auch die Genehmigung rechtlich einer "bestimmten Weisung" i.S. von § 166 Abs. 2 BGB gleichgestellt[60]. Bei stillschweigender Genehmigung stellt sich in Betrieben, wo eine grosse Zahl von Kollektivvertretern das Handeln des allein nach aussen auftretenden Mitvertreters genehmigen können, das selbe Problem wie bei der stillschweigenden Bevollmächtigung. Auch hier muss bei der Frage, wessen Kenntnis für die juristische Person (noch) von Bedeutung sei, auf den Einzelfall verwiesen werden[61,62,63].

56 Springer 75; Knoepfel (zit. N. 47) S. 67; Flume § 45 I 3 S. 783.

57 Vorne S. 86 f.

58 Stoffel 113 ff.

59 Er kann z.B. von einem Geschäft Abstand nehmen, wenn er erkennt, dass der Geschäftsgegner nicht zur Veräusserung einer Sache berechtigt ist.

60 Soergel/Schultze-v.Lasaulx § 166 N. 22; Flume § 52 6 S. 875; Müller-Freienfels 200; Schwoerer 68; v.Rath 121; RGZ 161 161 f.; BGH in BB 1965 435. Siehe auch Will 75.

61 Ebenso bei der Anscheins- und Duldungsvollmacht.

62 Bei der Gesamtvertretung i.S. von Art. 717 Abs. 3 OR muss sich die juristische Person selbstverständlich auch bei der Genehmigung immer das Wissen aller Gesamtvertreter anrechnen lassen.

63 Genehmigt ein Kollektivvertreter das von einem allein handelnden Mitvertreter abgeschlossene Rechtsgeschäft, so kann einerseits die Genehmigung als solche auf einem Willensmangel beruhen, andererseits sich der Willensmangel auf das Ausführungsgeschäft beziehen. Die Genehmigung als solche kann wie jede einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung wegen Willensmangels angefochten werden. Häufiger wird sich aber der Willensmangel (v.a. Irrtum) des genehmigenden Kollektivvertreters auf das Ausführungsgeschäft beziehen. Da jedoch die Genehmigungserklärung als selbständiges Rechtsgeschäft angesehen wird (h.M.), kann der Willensmangel des genehmigenden Kollektivvertreters das Ausführungsgeschäft nicht beeinflussen (v.Rath 117 mit Nachweisen). M.E. ist nicht auszuschliessen, dass auch der Willensmangel des genehmigenden Kollektivvertreters (bezüglich des Ausführungsgeschäftes) berücksichtigt werden muss, hat doch sein Wille hier eine ähnliche Beziehung zum Rechtsgeschäft, wie wenn er direkt daran beteiligt wäre; gleich im Resultat: v.Tuhr/Siegwart I § 45 N. 15, § 44 II 4; Müller-Freienfels 200: "Der Genehmigende kann seine Erklärung anfechten, wenn er sich über den Sinn der Erklärung des bisherigen Vertreters ohne Vertretungsmacht geirrt hat."

D. Das Wissen des am Rechtsakt (auch) als Gegenkontrahent beteiligten Organmitgliedes

Nachdem wir im vorangehenden Abschnitt A u.a. zum Resultat gelangt sind, dass sich eine juristische Person die Kenntnis eines Organmitgliedes anrechnen lassen muss, wenn bei diesem im Rahmen eines Rechtsaktes die Faktoren Wissen und Handeln zusammenfallen, so stellt sich hier nun die Frage, ob die juristische Person sich auch das Wissen seines Organmitgliedes anrechnen lassen muss, wenn dieses zwar am Rechtsakt teilnimmt, jedoch als Gegenkontrahent in dem Sinne, dass es mit einem vertretungsberechtigten Organmitglied ein Geschäft abschliesst, oder wenn es sowohl als Gegenkontrahent als auch als selbst handelndes Organmitglied am konkreten Rechtsgeschäft beteiligt ist.

Eine ganze Reihe von Schweizer Autoren äussert sich zu diesem Problem, immer mit Bezugnahme auf einen Handelsgerichtsentscheid des Kantons Zürich aus dem Jahre 1920[64]. Einhellig ist die Ansicht, dass sich die juristische Person den bösen Glauben ihres Direktors anrechnen lassen muss, wenn er sowohl als Gegenkontrahent, als auch als direkt handelndes Organmitglied am entsprechenden Rechtsakt teilgenommen hat[65]. In diesem Falle habe er eben als Vertreter der juristischen Person gehandelt und diese müsse seinen schlechten Glauben gegen sich gelten lassen. Diese Lösung scheint klar und braucht m.E. keine weiteren Erläuterungen.

Die andere Frage dagegen, ob sich die juristische Person auch den bösen Glauben seines abstrakt vertretungsberechtigten Organmitgliedes anrechnen lassen müsse, wenn es bei einem Rechtsakt als Gegenkontrahent auftrete und seine juristische Person durch andere Organmitglieder vertreten wird, ist umstritten.

64 ZR 20 Nr. 27 S. 51: Diesem Fall lag folgender Sachverhalt zugrunde: Ein allein vertretungsberechtigter Direktor einer Bank hatte bei dieser auf den Namen seines Schwagers, welcher bei den Geschäften als Strohmann mitwirkte, Geld aufgenommen. Zur Sicherung der Darlehen gab er der Bank mehrere seiner Schwester gehörende Werttitel, die sich in seiner privaten Verwaltung befanden, zu Faustpfand. Nachdem der Direktor infolge verschiedener Vorkommnisse vorläufig beurlaubt worden war, kam man dahinter, dass die Darlehen, für welche jeweils von dem Schwager aus Gefälligkeit Wechsel unterzeichnet worden waren, in Wirklichkeit nicht den Schwager angingen, sondern Schulden des Direktors waren. Bei der Neuordnung der Verhältnisse war der Direktor aber nicht in der Lage, seine Verbindlichkeiten gegenüber der Bank abzulösen und geriet schliesslich in Konkurs. Seine Schwester, die von der Verpfändung ihrer Titel keine Kenntnis gehabt hatte, verlangte die Herausgabe ihres Eigentums, indem sie die Gültigkeit des von der Bank geltend gemachten Pfandrechtes an den Titeln bestritt und geltend machte, dass der gute Glaube der Bank schon dadurch zerstört worden sei, dass der die Titel verpfändende Direktor in schlechtem Glauben gewesen sei, so dass es nicht darauf ankomme, ob auch die übrigen bei der Verpfändung mitwirkenden Personen davon gewusst hätten, dass die Titel nicht ihm gehörten.

65 ZR 20 Nr. 27 S. 51; Stoffel 159; Stark Art. 933 N. 78; Jäggi Art. 3 N. 141; Schultz in SJZ 17 120. Siehe immerhin ZR 17 Nr. 131 S. 239.

Die im Schlagwort: "Das Wissen der Organe ist das Wissen der juristischen Person" zusammengefasste Theorie der absoluten Wissensvertretung kommt konsequenterweise zum Resultat, dass auch hier das Wissen des Organmitgliedes dem Verband zugerechnet werden müsse. In diesem Sinne schreibt denn auch Reichel über einen Fall des Obergerichts des Kantons Zürich aus dem Jahre 1915, bei dem ein Direktor einer Bank unbefugt fremde Wertpapiere seiner Bank verpfändet, wobei er die Bank durch Prokuristen vertreten lässt[66]: "Dass hier die Bösgläubigkeit des Vereinsorgans dem Verein selbst zugerechnet werden muss, liegt auf offener Hand selbst für den, der die oben vertretene Stellungnahme nicht billigt[67]; denn hier ist ein bösgläubiges Vereinsorgan am Erwerbsgeschäft aktiv beteiligt. Allerdings nicht auf seiten des Vereins, sondern als Gegenkontrahent desselben. Allein dieser Umstand schliesst nicht aus, dass es eben doch beteiligt ist. Es steht ja fest, dass bei Vornahme der Verfügung ein abstrakt vertretungsberechtigtes, für den Verein verantwortliches und in dessen Dienst stehendes verfassungsmässiges Organ des Vereins um die Unlauterkeit des Erwerbes weiss, gleichwohl aber bei dem Erwerbsgeschäft so tätig mitwirkt, dass es geradezu als Hauptperson angesehen werden muss. Es geht nicht an, die Person des Vertreters gewissermassen in zwei Hälften zu spalten, von denen die eine Veräusserer, die andere Organ des Erwerbers, die eine schlecht –, die andere gutgläubig wäre. Die linke Hand muss wissen, was die rechte tut[68]."

Zum selben Resultat kommen für das schweizerische Recht nur noch Jäggi[69], Egger[70] und Leemann[71] (je mit Hinweis auf Reichel), wobei Egger in seinem Kommentar zum Zivilgesetzbuch, I. Band (Einleitung und Personenrecht) das eine Mal diese, das andere Mal die gegenteilige Auffassung vertritt! Jäggis Argumentation geht dahin, dass es sich nicht rechtfertige, die juristische Person zulasten eines Aussenstehenden zu begünstigen, wenn die Organperson (wie im vorliegenden Fall) im Geschäftsbereich des Verbandes tätig bleibe.

Die Mehrheit der Schweizer Autoren geht dagegen mit dem Handelsgericht des Kantons Zürich einig und vertritt die Meinung, dass eine juristische Person sich den bösen Glauben eines (auch) als Gegenkontrahent auftretenden Organmitgliedes nicht anrechnen lassen müsse, sofern diese durch

66 Reichel 202 f.

67 Reichel bezieht sich hier auf seine Feststellung (S. 201), dass es nicht darauf ankomme, ob das abstrakt vertretungsberechtigte Organmitglied am entsprechenden Geschäft beteiligt war oder nicht.

68 Reichel wiederholt seine Ansicht in SJZ 16 39.

69 Jäggi Art. 3 N. 141.

70 Egger Art 3 N. 9, dagegen a.M. Art. 54/55 N. 17.

71 Leemann Art. 884 N. 78.

kompetente Vertreter am Geschäftsabschluss teilnehme[72]. Die Organstellung des Verkäufers, Verpfänders etc. werde eben durch das Handeln anderer Organmitglieder ausgeschaltet[73]; er trete in diesem Falle seiner juristischen Person nicht in der Eigenschaft eines Organmitgliedes, sondern wie ein Dritter gegenüber[74]. Stoffel[75] sieht in der Auffassung Reichels eine Verkennung des Unterschiedes zwischen der Tätigkeit des Organträgers als Organträger und jener als Privatperson und er betont, es müsse zwischen organschaftlicher und individueller Handlung streng unterschieden werden. Ebenfalls Schultz[76] widersetzt sich Reichels Ansicht in der Meinung, auch eine Bank verdiene (wie jeder gutgläubige Dritterwerber) geschützt zu werden, wenn sie von einem Direktor Wertpapiere als Amtskaution oder als Sicherheit für die ihm gewährten Darlehen durch gutgläubige Organträger entgegennehme. Wolle man nämlich einfach darauf abstellen, dass der verpfändende Direktor ja gewusst habe, dass die Titel nicht ihm gehören und dass sein schlechter Glaube ohne weiteres auch für die Bank wirksam sei, so wäre die Bank nie sicher, ob sie an den hinterlegten Papieren überhaupt eine Sicherheit habe, weil sie immer befürchten müsste, dass diese nachträglich von einem Dritten vindiziert werden könnten. Diese Auffassung teilt auch Stoffel, der hinzufügt, dass es ein unredlicher Direktor in der Hand hätte, seine Bank arg zu hintergehen, und ein Dritter zum ganzen unredlichen Manöver sogar noch Hand bieten könne, ohne Gefahr zu laufen, seine Rechte an den dem Direktor ausgehändigten Werttitel zu verlieren. Er könne ja nachträglich die Verbandsperson für den bösen Glauben des Direktors verantwortlich machen und die vom bösgläubigen Direktor verpfändeten Wertpapiere wieder herausfordern[77].

Alle diese Argumente vermögen meine Bedenken gegen die vom Handelsgericht des Kantons Zürich und von der Mehrzahl der Autoren vertretenen Ansicht nicht zu zerstören. Die h.M. geht offensichtlich vom Grundgedanken aus, dass scharf zwischen privatem und geschäftlichem Handeln eines Organmitgliedes unterschieden werden müsse. Dies trifft ohne Zweifel z.B. für den Bereich des Haftungsrechtes zu, indem die juristische Person nicht für den Schaden verantwortlich gemacht werden kann, den ein Organmitglied einem Dritten als Privatperson zufügt. Im vorliegenden Zusammenhang hat dieses Argument jedoch keine Bedeutung, denn es steht weder ein privates noch ein geschäftliches Handeln, nicht die Frage der Haftung,

72 Stark Art. 933 N. 78; Stoffel 159; Oftinger Art. 884 N. 360; Rossel/Mentha I 132; Homberger Art. 933 N. 36; Schultz SJZ 17 119 f.

73 So Egger Art. 54/55 N. 17; Stoffel 159.

74 So Oftinger Art. 884 N. 360; ähnlich Homberger Art. 933 N. 36.

75 Stoffel 159.

76 Schultz SJZ 17 120.

77 Stoffel 160.

sondern allein die für die rein sachenrechtliche Auseinandersetzung entscheidende Bewusstseinslage, das Wissen (eines Organmitgliedes) zur Diskussion. Bei Gutglaubenstatbeständen ist ja gerade charakteristisch, dass das Gesetz nicht Rechtsfolgen an ein objektiv fehlerhaftes äusseres Verhalten, sondern an die innere Tatsache der Gesinnung anknüpft. Deshalb muss hier das Wissen losgelöst von der Handlung betrachtet werden.

Wie wir vorne beobachten konnten, ist Wissen ein seelischer Zustand[78]. Entweder hat eine Person die Kenntnis von einer Tatsache, oder sie hat sie nicht. Es ist daher rein logisch ausgeschlossen, dass jemand als Privatperson etwas weiss, davon aber als Vertreter oder Organmitglied einer juristischen Person keine Kenntnis hat[79]. Ebenso ausgeschlossen ist die Situation, dass jemand nur als Gegenkontrahent einer juristischen Person bestimmte Kenntnisse von Tatsachen hat, nicht aber als sein abstrakt vertretungsberechtigtes Organmitglied. Das Organmitglied besitzt somit – vom psychologischen Standpunkt her betrachtet – die entscheidende Kenntnis. Hier stellt sich nun aber die weitere Frage, ob das vorhandene Wissen auch der juristischen Person zugerechnet werden müsse, oder ob bei Abwägung der sich widersprechenden Interessen eine Zurechnung auszuschliessen sei. Betrachtet man die gesamte Stellung eines Organmitgliedes im Geschäftsverkehr einer juristischen Person, die ja nicht nur sein Handeln nach aussen, sondern im Sinne einer weitgehenden Identifikation auch sein weiteres Verhalten umfasst, und vergegenwärtigt man sich die Tatsache, dass vorliegend der Verband auf Kosten eines berechtigten Dritten Vorteile erlangt, so kann m.E. nicht von einer unbilligen Behandlung gesprochen werden, wenn der juristischen Person das Wissen des als Gegenkontrahent beteiligten Organmitgliedes zugerechnet wird[80]. Sicher keine stichhaltigen Argumente gegen die Zurechnung des bösen Glaubens eines als Gegenkontrahent auftretenden Organmitgliedes sind die vorhin erwähnten, von Schultz[81] und Stoffel[82] zur "Unterstützung der theoretischen Auseinandersetzung" angeführten "praktischen Erwägungen", wonach die juristische Person bei der Ansicht Reichels nie sicher wäre, ob sie die hinterlegten Wertpapiere einem Dritten wieder herausgeben müsse und ein unredlicher Direktor es so in der Hand hätte, seine Bank arg zu hintergehen. Das Verhältnis zwischen Organmitglied und juristischer Person ist nun einmal ein ausgesprochenes Vertrauensverhältnis. Da der Verband nicht selber, sondern nur durch Organwalter handeln kann, muss diesen eine umfassende Machtstellung eingeräumt werden. Es besteht daher ein permanentes Risiko für die

78 Siehe dazu vorne S. 64.
79 Siehe dazu vorne S. 64.
80 Siehe dagegen hinten N. 89.
81 Schultz SJZ 17 119 f.
82 Stoffel 160.

juristische Person, dass treulose Organmitglieder diese Stellung zu ihrem eigenen Nutzen missbrauchen. Entsteht nun durch die Zurechnung des bösen Glaubens des als Gegenkontrahent auftretenden Organmitgliedes eine generelle Gefahr der Schädigung der juristischen Person, so ist dies allein noch kein Grund eine Zurechnung auszuschliessen. Für einen Direktor ist die Verpfändung fremder Wertpapiere nur eine Möglichkeit von vielen, seine Bank zu hintergehen, wobei die nach aussen grundsätzlich unbeschränkbare Vertretungsmacht[83] sicher viel grössere Gefahren für eine juristische Person mit sich bringt, als die Zurechnung des bösen Glaubens im vorliegenden Fall[84].

Wenn man bei anvertrauten Wertpapieren (wie im erwähnten Entscheid) noch einwenden könnte, dass der Eigentümer den willentlich geschaffenen Rechtsschein zu vertreten habe, so erscheint doch ein gutgläubiger Eigentumserwerb durch eine Bank höchst unbillig, wenn ihr ein eigenes Organmitglied gestohlene Wertpapiere verkauft[85].

Auch wenn man theoretisch von der Gegenmeinung ausgeht und für die Gewährung des Gutglaubensschutzes keine so strengen Anforderungen aufstellt, sondern den gutgläubigen Eigentumserwerb für eine juristische Person grundsätzlich auch dann zulässt, wenn das bösgläubige Organmitglied als Gegenkontrahent auftritt, so wird in der Praxis kaum je ein Verband auf diesem Wege unanfechtbares Eigentum erlangen und zwar aus folgenden Gründen:

1. Es spielt in diesem Zusammenhang eine entscheidende Rolle, ob die für den Verband handelnde Person in einer hierarchisch aufgebauten Gesellschaft eine tiefere Stufe einnimmt als der Gegenkontrahent und ob er an dessen Weisungen gebunden ist. Dass zum Beispiel ein Eigentumserwerb für

83 Zum Umfang der Vertretungsmacht der Organmitglieder siehe, statt vieler, E. Bucher, in Festschrift Bürgi 1971, Organschaft, Prokura, Stellvertretung, S. 39 ff. (52 ff.); H. Merz, in Festschrift für Harry Westermann, 1974, Vertretungsmacht und ihre Beschränkungen im Recht der juristischen Personen, der kaufmännischen und der allgemeinen Stellvertretung, S. 399 ff.; B. Schulthess, Funktionen der Verwaltung einer AG, Diss. Zürich 1967 S. 79 f. je mit Zitaten.

84 Auch der Umstand, dass ein Dritter zum unehrlichen Manöver sogar Hand bieten kann, "ohne Gefahr zu laufen", das Eigentum an seinen Wertpapieren zu verlieren, kann nicht als triftiger Grund gegen die Zurechnung angesehen werden. Dass ein Organmitglied zur Schädigung seiner Firma aussenstehende Dritte benutzt gehört ebenfalls zum Risiko, das eine juristische Person mit der Bestellung eines Organmitgliedes eingeht. Im übrigen verliert der Dritte ja sein Eigentum an den Wertpapieren, wenn ihm nachgewiesen werden kann, dass er von der unkorrekten Verpfändung wusste oder hätte wissen müssen.

85 Im weiteren ist zu beachten, dass der bestohlene Dritte aufgrund der h.M. nicht nur im Spezialfall des Wertpapierdiebstahls (Art. 935 ZGB) einen m.E. ungerechtfertigten Nachteil zu tragen hätte, sondern ganz allgemein im Zusammenhang mit der Verantwortlichkeit des Besitzers (Art. 938/940 ZGB).

eine Gesellschaft ausgeschlossen ist, wenn ein Direktor einen Prokuristen direkt anweist, das Rechtsgeschäft vorzunehmen, steht ausser Zweifel, denn in einem solchen Fall muss der Direktor als handelnd, der Prokurist als Hilfsperson angesehen werden[86]. Bei weniger eindeutigen Situationen muss von Fall zu Fall entschieden werden, ob ein bestimmtes Verhalten des Gegenkontrahenten bereits als Weisung an ein anderes Organmitglied aufgefasst werden muss, wobei eine solche Direktive wegen der generellen Gefahr von internen Absprachen schon bei geringen Anzeichen anzunehmen ist.

2. Die juristische Person ist nicht nur bösgläubig, wenn ein Organmitglied die mangelnde Berechtigung des Gegenkontrahenten kennt, sondern sie kann sich auch nicht auf den guten Glauben berufen, wenn es die nach den Umständen gebotene Sorgfalt im konkreten Fall nicht aufgewendet hat (Art. 3 Abs. 2 ZGB), m.a.W., wenn es die rechtlich relevanten Tatsachen zumindest hätte kennen sollen[87]. Stehen sich nun aber zwei Organmitglieder der selben juristischen Person als Käufer und Verkäufer gegenüber, so dürften wegen der engen Beziehung untereinander keine hohen Anforderungen an das Wissenmüssen des Käufers gestellt werden; auf jeden Fall werden sie geringer sein, als bei einem Geschäftsabschluss des Verbandes mit einem aussenstehenden Dritten[88].

Die hier vertretene Ansicht, dass grundsätzlich auch das Wissen des nur als Gegenkontrahent auftretenden Organmitgliedes der juristischen Person zugerechnet werden muss, bringt eine klare Lösung, die mir nicht unbillig erscheint, ist doch zu berücksichtigen, dass die Interessen unbeteiligter Dritter auf dem Spiele stehen[89], wobei die besonderen gesetzgeberischen Gründe, die zur Gewährung des Gutglaubensschutzes führen – bei Inhaber-

86 Vgl. ZR 20 Nr. 27 S. 52; Schultz SJZ 17 120; E. Wolf in SAG 11 37; unveröffentlichtes Urteil des Bundesgerichtes vom 31. Januar 1919 i.S. Kistenfabrik Zug AG gegen Uttinger; BGE 41 II 81; 89 II 232; RGZ 81 433.

87 Siehe vorne § 2 III. S. 13.

88 Auch im erwähnten Urteil (ZR 20 Nr. 27) konnte sich die Bankleitung nicht auf ihren guten Glauben berufen, weil sie die Unkenntnis des Sachverhaltes ihrem eigenen fahrlässigen Verhalten zuzuschreiben hatte (S. 55 f.).

89 Werden jedoch keine Interessen unbeteiligter Dritter tangiert, so muss sich die juristische Person die Kenntnis des als Gegenkontrahent auftretenden Organmitgliedes nicht anrechnen lassen. Stellt z.B. ein Direktor der eigenen Versicherungsgesellschaft einen Versicherungsantrag, so kann die Gesellschaft, was die nicht deklarierten Gefahrstatsachen anbetrifft, nicht als wissend i.S. von Art. 8 Ziff. 3 VVG gelten.

papieren zum Beispiel die Verkehrssicherheit – hier wegen der speziellen Beziehung zwischen Organmitglied und juristischer Person ihren eigentlichen Sinn verloren haben[90].

E. Das Wissen des am konkreten Geschäftsabschluss nicht beteiligten Organmitgliedes

Im ersten Teil dieses Paragraphen (I.A.1.S. 77 f.) haben wir festgestellt, dass eine juristische Person, die lediglich ein einziges Vertretungsorgan besitzt, sich gezwungenermassen dessen Handeln und Wissen anrechnen lassen muss, ansonsten ihr die Handlungsfähigkeit fehlt. Dabei kommen ihr selbstverständlich nicht nur die aus dem Handeln und Wissen dieses Organmitgliedes resultierenden Vorteile zugute, sie muss sich in gleichem Masse auch die entsprechenden Nachteile (z.B. dessen Bösgläubigkeit) anrechnen lassen.

Ihrem eigentlichen Zweck entsprechend, der darin besteht, Aufgaben zu übernehmen, die die Möglichkeiten eines Einzelnen in verschiedener Hinsicht übersteigen, besitzt die juristische Person in der Praxis mehrheitlich mehrere natürliche (Organ)Personen, die sie berechtigen und verpflichten können[91].

In diesen Fällen stellt sich nun die Frage, ob das Wissen jedes einzelnen Organmitgliedes, unabhängig von dessen Willenserklärung, vollständig losgelöst von einem konkreten Geschäftsabschluss, für die Gesellschaft Bedeutung erlangt, oder ob sich diese nur das Wissen des(r) an einem Geschäft direkt beteiligten Organmitgliedes(r) anrechnen lassen muss[92].

Wie wir in § 6 gesehen haben, sind sich sowohl die deutsche als auch die schweizerische Lehre in diesem Punkt uneinig. Ein Teil des deutschen Schrifttums will jede Kenntnis der einzelnen Organmitglieder der juristi-

90 Für das deutsche Recht siehe neben Reichel 199 ff.: Will 80 ff.; RG in JW 1914 401; Müller-Freienfals 421 N. 28: "So kann sich auch eine Bank in Form einer juristischen Person nicht auf § 808 BGB berufen, wenn ihr nichtsahnender Kassier einem ihrer Vorstandsmitglieder Geld vom Sparkonto eines Kunden auszahlt, das das Vorstandsmitglied unter Vorlegung des Sparbuches des Kunden für diesen abhebt, um es unberechtigt für sich zu verwenden. Sie muss sich das Wissen des Vorstandsmitgliedes und sein Schweigen analog § 166 Abs. 2 BGB anrechnen lassen." a.A. RG in JW 1911 778.

91 Die folgenden Ausführungen beziehen sich speziell auf sogenannte Grossunternehmen mit zahlreichen Organträgern (Verwaltungsräten, Direktoren etc.).

92 Diese Frage stellt sich nicht nur bei Gesellschaften, bei denen alle Organmitglieder Einzelvertretungsmacht (Solidarvertretung) besitzen, sondern z.B. auch dort, wo Kollektivvertretung zu zweien vorgeschrieben ist, bezüglich des Wissen eines weiteren Kollektivvertreters.

schen Person zugerechnet haben. Nachdem ursprünglich die These, dass das Wissen eines Organmitgliedes das Wissen der juristischen Person sei, von den Bestimmungen über die Passivvertretung beim Verein (Art. 28 Abs. 2 BGB) hergeleitet worden war[93], gründen heute die Verfechter der absoluten Wissensvertretung ihre Ansicht vorwiegend auf der "herrschenden Organtheorie"(?)[94], und sie machen ausdrücklich keinen Unterschied, ob der wissende Vertreter am Rechtsgeschäftsabschluss teilnimmt, ihm zustimmt, oder auch nur Kenntnis von der Vornahme des Geschäftes gehabt hat[95], denn ebenso wie die Handlungen und der Wille der Organmitglieder Handlungen und Wille der juristischen Person seien, sei deren Wissen Wissen der juristischen Person. Im übrigen beziehen sich alle angeführten Autoren auf den Reichsgerichtsentscheid aus dem Jahre 1935[96], der in seiner Begründung auf die "Natur der Sache" verweist und die absolute Wissensvertretung als "ein Erfordernis des redlichen Geschäftsverkehrs" bezeichnet.

Die deutsche Gegenmeinung wendet sich entweder konkret gegen eine modifikationslose Berücksichtigung des Wissens aller abstrakt vertretungsberechtigten Vorstandsmitglieder, indem sie weitgehend ohne Begründung Einschränkungen macht und nur die Kenntnis des am Rechtsgeschäft effektiv mitwirkenden Vorstandsmitgliedes berücksichtigt haben will, oder sie erklärt einfach die Bestimmungen über die Stellvertretung (§ 164 ff. BGB) auf die juristische Person anwendbar, wonach es grundsätzlich nur auf die Kenntnis und das Kennenmüssen des am Rechtsgeschäft unmittelbar beteiligten Vertreters ankommt (§ 166 Abs. 1 BGB)[97].

Das schweizerische Recht kennt weder eine dem § 28 Abs. 2 BGB noch dem § 166 BGB entsprechende Bestimmung. Auch kann die vorliegende Frage nicht mit einem einfachen Hinweis auf eine bestimmte Theorie über das Wesen der juristischen Person gelöst werden, da weder Lehre noch Rechtsprechung einer solchen Theorie in letzter Konsequenz Folge geleistet haben[98]. Im übrigen gibt es keinen Gesetzesartikel, weder in den allgemeinen Bestimmungen über die juristische Person (Art. 52-59 ZGB) noch im Vereins- (Art. 60-79 ZGB), Gesellschafts- (AG: Art. 620 ff. OR; GmbH: Art. 772 OR) oder Genossenschaftsrecht (Art. 828 ff. OR), der einen konkreten Hinweis auf die Lösung des vorliegenden Problems geben würde[99].

93 Siehe vorne § 6 N. 11.
94 Siehe dagegen vorne § 5 III.
95 Siehe vorne § 6 N. 14.
96 RG in JW 1935 2044, auszugsweise abgedruckt S. 2 und S. 39.
97 Siehe vorne § 6 N. 23.
98 Siehe vorne § 5 I.
99 Siehe dagegen das liechtensteinische Personen- und Gesellschaftsrecht, Art. 185, abgedruckt in § 1 N. 24.

Es zeigt sich somit, dass verschiedene Fragen im Bereich des rechtlich relevanten Wissens der juristischen Person im schweizerischen Recht weder durch direkte Anwendung noch durch Auslegung des Gesetzes, noch durch logisch konsequente Befolgung einer Theorie über das Wesen der juristischen Person gelöst werden können, sondern nur auf dem Wege der freien richterlichen Rechtsfortbildung (Art. 1 Abs. 2 ZGB), wobei man sich heute angesichts der unterschiedlichen Lehrmeinungen[100] und der wenigen und zudem noch widersprüchlichen Urteile des Bundesgerichtes[101] auch nicht auf "bewährte Lehre und Überlieferung" (Art. 1 Abs. 3 ZGB) stützen kann[102].

Dass die Verfechter der Theorie der absoluten Wissensvertretung – auf welche theoretische Grundlage sie sich auch immer abstützen – dabei den falschen Weg eingeschlagen haben und ihre Theorie in der letzten Konsequenz zu unhaltbaren Resultaten führt, wurde von Reichwein auf überzeugende Art und Weise aufgezeigt[103]. Seine Kritik richtet sich zu Recht gegen die uneingeschränkte generelle Gültigkeit dieser Theorie, wonach der Körperschaft im Sinne einer praesumptio iuris et de iure jedes bei irgendeinem Organmitglied irgendwie vorhandene oder vorhanden gewesene Wissen oder Wissenmüssen angelastet werden soll. Seine bestechende Argumentation dürfte auch die konsequentesten Vertreter der Theorie der absoluten Wissensvertretung überzeugen[104] und sie von ihrer bisherigen Haltung abrücken lassen. Die bedingungslose Anwendung der absoluten Wissensvertretung würde nämlich voraussetzen, dass die Kenntnis eines Organmitgliedes – neben der Zurechnung zur juristischen Person als solcher – gleichzeitig, quasi telepathisch auf alle andern Organmitglieder übertragen würde, denn nur so wäre es möglich, dass jedes Wissen immer gerade dort vorhanden wäre, wo es bei dem jeweiligen konkreten Geschäftsabschluss verwendet werden müsste. Somit würde nicht nur die Verbandsperson die Kenntnis aller ihrer Organpersonen "in sich tragen", sondern auch jedes Organmitglied die gesamte Kenntnis der Verbandsperson, was bekanntlich nichts anderes ist, als die Kenntnis aller Organpersonen zusammen. Gehört nun ein Verwaltungsratsmitglied X der Firma A auch dem Verwaltungsrat der Firma B an, so würde dies bei konsequenter Durchführung der Theorie der absoluten Wissensvertretung bedeuten, dass sich sein im Rahmen seiner Tätigkeit als Verwaltungsrat der Firma A erlangtes Wissen[105] auch auf die

100 Siehe dazu vorne § 6 I B und II B.
101 Reichwein SJZ 66 3; siehe BGE 56 II 188 gegenüber BGer in ZR 20 Nr. 27.
102 Siehe zur freien richterlichen Rechtsfortbildung auch Baumann 294 f. für das deutsche Recht.
103 Reichwein SJZ 66 3 ff.
104 Siehe vorne § 6 N. 14.
105 d.h. das gesamte Wissen der Firma A.

Firma B und damit auf deren weitere Organmitglieder übertragen würde. Es entstünde eine wahre Kettenreaktion, und die Firma B müsste sich u.U. die Kenntnis einer natürlichen Person anrechnen lassen[106], die überhaupt keine Beziehung zu ihr hat[107]. Dieses "bazillusartige" Ausbreiten des Wissens bei juristischen Personen würde sich aber nicht nur auf den privatwirtschaftlichen Bereich beschränken. Auf dem Weg über gemischtwirtschaftliche Unternehmungen, bei denen Vertreter von Körperschaften des öffentlichen Rechts im Verwaltungsrat Einsitz nehmen, käme noch der Kenntnisstand von Verwaltung und Regierung hinzu!

Diese Folgerungen wurden selbstverständlich in der (Gerichts)-Praxis nie gezogen[108]. Wir sehen hier erneut[109], dass die logisch konsequente Anwendung einer Theorie (hier der Organtheorie) zu untragbaren Resultaten führen kann.

Das in diesem Zusammenhang oft verwendete Schlagwort[110]: "Das Wissen eines Organmitgliedes ist das Wissen der juristischen Person" erweist sich im übrigen bei näherem Hinsehen als ungenau, im Grunde genommen als nichtssagend[111]. Es verkennt die wirkliche Problematik des rechtlich relevanten Wissens der juristischen Person.

Zweifellos muss davon ausgegangen werden, dass die allgemeinen Kenntnislagen der einzelnen Organmitglieder einer juristischen Person nicht einheitlich sind. Rechnet man nun diese verschiedenen Bewusstseinslagen vorbehaltlos der juristischen Person zu, so besitzt diese tatsächlich so viele unterschiedliche Kenntnislagen wie sie Wissensträger hat, wobei sich in einzelnen Punkten sicher auch der Wissensstand aller Organmitglieder decken kann. Das eigentümliche an den uns hier interessierenden Fällen liegt nun aber darin, dass die verschiedenen Organmitglieder gerade bei einem Tatbestand, bei dem es auf das rechtlich relevante Wissen ankommt, unterschiedliche Kenntnisse haben. Bei dieser Betrachtungsweise verliert aber die erwähnte These, dass jedes Wissen der Organmitglieder das Wissen der juristischen Person sei, jede Aussagekraft. Würde man nämlich die unterschiedlichen Kenntnislagen der einzelnen Organmitglieder als das Wissen der juristischen Person ansehen, so stünde man jeweils vor einer eigentlichen Pattsituation: Die Korporation ist zum Beispiel bösgläubig

106 z.B. das Wissen des Verwaltungsrates Y der Firma A.
107 Siehe dazu ausführlich Reichwein SJZ 66 3 ff.
108 Siehe immerhin die in § 6 N. 14 zitierten Autoren.
109 Vgl. vorne S. 47 f.
110 u.a. Soergel/Schultze-v.Lasaulx § 26 N. 7; Kuhn in RGRK-BGB § 166 N. 10; Richardi AcP 169 388; BGH in WM 1959 84.
111 Dieses Schlagwort hat höchstens in dem Sinne eine Berechtigung, als damit angezeigt werden kann, dass das Wissen der Verwaltung und nicht das Wissen der Mitglieder für die Korporation relevant ist.

wegen der Kenntnis eines Organmitgliedes von bestimmten Umständen, sie ist gutgläubig, weil ein anderes Organmitglied die spezifischen Umstände nicht kennt. Dies ist selbstverständlich eine für das Rechtsleben unhaltbare Situation; es muss hier eine eindeutige Lösung gesucht werden. Diese wird nun aber wie gesehen nicht dadurch gefunden, dass man einfach den Kenntnisstand aller Organmitglieder feststellt und zurechnet, sondern es ist ein spezifisches, nämlich das für die Korporation rechtlich relevante Wissen zu erforschen, m.a.W., es ist auf Grund einer Wertung zu entscheiden, welches Wissen der verschiedenen Organmitglieder der juristischen Person im Einzelfall zugerechnet werden muss, bzw. auf wessen Bewusstseinslage sie sich berufen darf.

Geht man von diesen Überlegungen aus, so wird einem sogleich klar, dass nicht jedes Wissen von Organmitgliedern zwangsläufig *das* Wissen der juristischen Person ist, sondern dass grundsätzlich die Kenntnis desjenigen Organmitgliedes für eine Korporation relevant ist, welches die "engste Beziehung" zu einem Rechtsakt als ganzem hat, ihm "am nächsten" ist. Im Normalfall wird daher die Kenntnislage des das Rechtsgeschäft vorbereitenden und abschliessenden, des den rechtlichen Tatbestand verwirklichenden Organmitgliedes, als das rechtlich relevante Wissen der juristischen Person anzusehen sein. Aber auch diese These, wonach immer nur die Kenntnislage des am Geschäftsabschluss unmittelbar beteiligten Organmitgliedes für eine juristische Person von Bedeutung sei, hat keine ausnahmslose Gültigkeit, auch sie kann zu unbilligen Resultaten führen. Denn in gewissen Fällen können die Verhältnisse zweifellos so liegen, dass der Geschäftsabschluss – zum Beispiel die Unterzeichnung eines Vertrages – seine im "Willensbereich" ausschlaggebende Bedeutung im vorliegenden Zusammenhang, bei der Frage nach dem rechtlich relevanten Wissen, verliert, und dafür andere Kriterien für entscheidend angesehen werden müssen.

Im folgenden ist daher noch zu untersuchen, in welchen Fällen die Bewusstseinslage eines am konkreten Geschäftsabschluss nicht beteiligten Organmitgliedes als für die juristische Person entscheidend bezeichnet werden muss.

1. Die Kenntnis eines das Rechtsgeschäft nur vorbereitenden Organmitgliedes

Ein Organmitglied kann ein Rechtsgeschäft sowohl als einzelner a), als auch als Mitglied eines Gremiums vorbereiten b).

a) Eine juristische Person muss sich ohne Zweifel die Kenntnis des ein Rechtsgeschäft nur vorbereitenden Organmitgliedes anrechnen lassen, und zwar unabhängig davon, ob es gerade wegen seines rechtserheblichen

speziellen Wissens ein anderes Organmitglied zum Abschluss eines bestimmten Geschäftes willentlich veranlasst hat, oder ob es am konkreten Geschäftsabschluss aus betriebsorganisatorischen Gründen (z.B. Hierarchie, Arbeitsteilung) nicht teilnimmt. Im ersten Fall muss sich die juristische Person weniger eine Bewusstseinslage, als vielmehr das arglistige Verhalten (Handeln), das im bewussten Vorschieben eines nichtwissenden Vertreters durch ein informiertes Organmitglied besteht, anrechnen lassen[112]. Würde hier nur die Kenntnislage des tatsächlich am Geschäftsabschluss beteiligten Organmitgliedes berücksichtigt, so könnte eine Korporation nach Belieben unwissende Vertreter für Geschäftsabschlüsse delegieren, um so die negativen Folgen der Bösgläubigkeit etc. zu umgehen[113]. Kommt der Geschäftsabschluss aus betriebsorganisatorischen Gründen nicht durch das vorbereitende Organmitglied zustande, so gilt dennoch dessen Kenntnis als die rechtlich relevante Kenntnislage der juristischen Person, da es einen aktiven Einfluss auf das Rechtsgeschäft hat (wenn auch nur intern) und somit zu einer gegensteuernden Handlung tatsächlich in der Lage ist. Der Grundgedanke, dass es auf die Bewusstseinslage desjenigen (Organ)Vertreters ankommt, auf dessen Entschliessung der Geschäftsabschluss tatsächlich beruht (siehe vorne N. 52 a.E.), gilt auch hier. Beruft sich die juristische Person in einem solchen Falle auf die Kenntnislage des lediglich abschliessenden Organmitgliedes, so kann ihr auch vorliegend die exceptio doli entgegengehalten werden[114].

b) Wie wir vorne unter B gesehen haben, versuchen sich Gesellschaften durch Anordnen von Kollektivvertretung vor übereilten Entschlüssen einzelner Organmitgliedern zu schützen. Im weiteren bestehen oft interne Vorschriften, die die Organmitglieder, jeweils unabhängig von der Ausgestaltung der Vertretungsbefugnis, anweisen, Rechtsgeschäfte mit weitgehender Tragweite vor ein Gremium zu bringen.

Wird nun ein Rechtsgeschäft auf Grund eines solchen Beschlusses von einer juristischen Person abgeschlossen, so beeinflusst bereits das Wissen eines nur intern beschlussfassenden Organmitgliedes dieses Geschäft, und zwar in dem Sinne, dass zum Beispiel seine Bösgläubigkeit den Eigentumserwerb für die Korporation verhindert oder seine Kenntnis von der Mangelhaftigkeit der Ware jede Gewährleistungsansprüche des Verbandes aus-

112 Baumann 292; vgl. auch Jäggi Art. 3 N. 141; Schultz SJZ 17 120.

113 Vgl. BGE 41 II 81; 89 II 251; nicht publizierter Entscheid des BGer vom 31. Januar 1919 i.S. Kistenfabrik Zug AG gegen Uttinger; HG des Kantons Zürich und BGer in ZR 21 Nr. 145 S. 365 ff.; OG des Kantons Zürich und BGer in ZR 31 Nr. 136 S. 270 ff. z.T. mit falscher Begründung; RGZ 81 433; RG in JW 1932 165.

114 Jäggi Art. 3 N. 141; Egger Art. 54/55 N. 17; Stoffel 161 f.; BGE 48 II 274 f.; HG des Kantons Zürich in ZR 21 Nr. 145 S. 368; OG des Kantons Zürich in ZR 31 Nr. 136 S. 272 f.

schliesst[115]. Das entsprechende Rechtsgeschäft kommt auch hier – zumindest zu einem Teil – auf Grund seiner aktiven Einflussnahme zustande, weshalb der vorhin unter a) erwähnte Grundsatz ebenfalls an dieser Stelle Anwendung findet. Würde sich die juristische Person auf die Kenntnislage des abschliessenden Organmitgliedes berufen, so könnte ihr zweifellos ein widersprüchliches Verhalten (Art. 2 ZGB) vorgeworfen werden.

2. Die Kenntnis eines nur vom Rechtsgeschäftsabschluss wissenden Organmitgliedes

Die Beziehung eines (die massgeblichen Umstände kennenden) Organmitgliedes zu einem Rechtsgeschäft der juristischen Person kann auch dergestalt sein, dass es einzig vom bevorstehenden Geschäftsabschluss durch ein anderes Organmitglied weiss. In diesem Falle ist es bei der Vorbereitung, wie beim Geschäftsabschluss, d.h. bei der effektiven Willensbildung, unbeteiligt.

Wurde im Laufe der bisherigen Ausführungen allgemein vom Grundsatz ausgegangen, dass die Bewusstseinslage desjenigen Organmitgliedes für die juristische Person ausschlaggebend sei, auf dessen Entschliessung der Geschäftsabschluss letztlich beruhe[116], so verliert hier ausnahmsweise das Kriterium des direkten Willensimpulses seine entscheidende Bedeutung: Die Kenntnis eines Organmitgliedes von einer rechtserheblichen Tatsache, verbunden mit der Kenntnis vom bevorstehenden Geschäftsabschluss muss bereits genügen, um die juristische Person als wissend im juristischen Sinne erscheinen zu lassen. Denn wie eine Korporation gerade diese Handlung und das damit korrespondierende Wissen zu vertreten hat, wenn ein Organmitglied einen andern Organvertreter beim Abschluss eines Rechtsgeschäftes vorschiebt, um die negativen Folgen seines persönlichen Wissens zu umgehen[117], so muss sie sich gleichermassen das bewusste Nichtintervenieren, die arglistige Unterlassung, anrechnen lassen[118,119]. Der Grundsatz von Treu und Glauben im Rechtsverkehr (Art. 2 ZGB), genauer der Gedanke des Verbots widersprüchlichen Verhaltens[120] untersagt es der juristischen Per-

115 Jäggi Art. 3 N. 141.
116 Siehe z.B. vorne S. 100.
117 Siehe vorne S. 100.
118 In der Praxis wird man oft nicht unterscheiden können zwischen "willentlichem Vorschieben" und "wissentlichem Dulden des Verhaltens" eines Vertreters; siehe die in N. 113 aufgeführten Urteile.
119 Ein klagender Dritter muss in der aufgezeigten Situation beweisen, dass der nicht am Rechtsgeschäft beteiligte Vertreter die massgeblichen Umstände gekannt, die Korporation, dass jener Vertreter von der Vornahme des Rechtsgeschäftes nichts gewusst hat.
120 venire contra factum proprium.

son, sich in einem solchen Falle allein auf die Bewusstseinslage des nach aussen auftretenden Organmitgliedes zu berufen.

Im übrigen kommt auch hier der allgemeine Rechtsgedanke des Vorteils-Nachteils-Ausgleichs bei arbeitsteiliger Persönlichkeitserweiterung zur Anwendung, wonach man nicht nur den Vorteil der Ausdehnung seines Aktionsradius geniessen kann, sondern auch gewisse Nachteile tragen muss.

Kennt somit ein Organmitglied die rechtserheblichen Tatsachen und weiss es vom bevorstehenden Geschäftsabschluss durch einen weiteren Organvertreter, so repräsentiert gerade dieses Organmitglied die Bewusstseinslage, das rechtlich relevante Wissen der juristischen Person. Der Kenntnisstand der weiteren Organmitglieder, obwohl zum Teil auf der Willensebene mit dem Rechtsakt direkt verbunden, verliert in dem hier interessierenden Punkt jede Bedeutung für den Verband[121].

3. Die Kenntnis eines in keiner Weise am Rechtsgeschäft beteiligten Organmitgliedes (weder willentlich noch wissentlich)

In Grossbetrieben mit sehr vielen Organmitgliedern[122] besteht ein immenses Wissenspotential: Jedes dieser Organmitglieder ist ja grundsätzlich in der Lage, Tatsachen für seine juristische Person zur Kenntnis zu nehmen. Aus diesem Grunde ist es nicht verwunderlich, dass es zu einem eigentlichen Auseinanderklaffen von Wissen und Handeln (der juristischen Person) kommen kann, indem ein Organmitglied zwar die massgeblichen Umstände kennt, jedoch vom Rechtsgeschäftsabschluss durch seine Firma nichts weiss, das abschliessende Organmitglied dagegen die rechtserheblichen Umstände nicht kennt[123].

Wie wir gesehen haben[124], wollen gewisse Autoren die juristische Person auch in solchen Fällen als "wissend" behandelt haben. Von der theoretischen Grundauffassung, der Organtheorie her betrachtet[125], mag diese Lösung

121 Egger Art. 54/55 N. 17; Stoffel 164 ff.; nicht publizierter Entscheid des BGer vom 31. Januar 1919 i.S. Kistenfabrik Zug AG gegen Uttinger; Baumann 294; Will 77 ff., 109; Kuhn in RGRK-BGB § 166 N. 17; RGZ 81 433.

122 d.h. Wissensträgern.

123 Siehe etwa das Beispiel bei Baumann 287.

124 Siehe neben den in § 6 N. 14 zitierten Autoren, Reichel 201 f.

125 z.B. Paulick in Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen Bd. 9 322: "Es ist dies (dass die Kenntnis eines von mehreren Vertretern als Kenntnis der Körperschaft gilt) eine Folge der im Vereinsrecht heute herrschenden Organtheorie, wonach die Handlungen, die die verfassungsmässigen Organe in Ausführung der ihnen zustehenden Verrichtungen vornehmen, als Handlungen der juristischen Person selbst gelten und wonach ihr Wille und ihr Wissen Wille und Wissen der juristischen Person ist."

zwar richtig sein[126]. Ein blosser Verweis auf die Organtheorie kann jedoch das vorliegende Problem weder für das deutsche noch für das schweizerische Recht abschliessend lösen, da wie aufgezeigt[127], keine der beiden Rechtsordnungen dieser Theorie in letzter Konsequenz Folge geleistet haben.

Löst man sich aber von irgendwelchen theoretischen Leitsätzen und wägt man die Interessen der am Tatbestand Beteiligten unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der jeweiligen Vorschrift gegeneinander ab, so gelangt man zur gegenteiligen Ansicht. Die Gegenpartei[128] erscheint nämlich in einem solchen Falle nicht schützenswerter als die juristische Person. Der Grundsatz des Verbotes widersprüchlichen Verhaltens (venire contra factum proprium), gestützt auf welchen letztlich bei allen "Wissenstatbeständen" die Position des Wissenden gegenüber dem Unwissenden (zu dessen Nachteil) verändert wird, kann in der vorliegenden Situation für eine juristische Person keine Anwendung finden. Da hier zweifellos keinem Organmitglied ein widerspruchsvolles Verhalten anzulasten ist, darf auch nicht von einem venire contra factum proprium der juristischen Person gesprochen werden. Nur unter Missachtung des dem einzelnen "Wissenstatbestand" zugrunde liegenden eigentlichen Sinnes und Zweckes kann man die juristische Person auch hier als "wissend" betrachten[129,130].

Die juristische Person ist also grundsätzlich erst dann als wissend im Rechtssinne zu bezeichnen, wenn zumindest zwischen dem Wissen eines Organmitgliedes (Kenntnis von massgeblichen Umständen) und dem Handeln eines andern Organmitgliedes (Abschluss des Rechtsgeschäftes) eine derartige Beziehung besteht, die es dem wissenden Organmitglied ermöglicht, seinen Kollegen über den wahren Sachverhalt aufzuklären und gegensteuernd auf dessen Handeln einzuwirken. Diese minimale Beziehung ist aber erst dann gegeben, wenn das wissende Organmitglied vom Geschäftsabschluss eines Kollegen wenigstens Kenntnis hat[131].

126 Jedoch auch bei der Annahme eines "Gesamtbewusstseins" der juristischen Person i.S. Gierkes (z.B. Genossenschaftstheorie 627 f.) besitzt die Verbandsperson tatsächlich verschiedene gegensätzliche Kenntnislagen, und es müsste eigentlich auch hier an Hand einer Wertung festgestellt werden, welches dieser unterschiedlichen Wissen nun gerade das rechtlich relevante Wissen der juristischen Person sei.

127 Siehe vorne S. 37.

128 bzw. der Dritte bei einzelnen Gutglaubenstatbeständen.

129 Vor allem wenn man den guten Glauben als Fehlen des Unrechtsbewusstseins auffasst (Jäggi Art. 3 N. 35 ff.) wird augenfällig, dass eine juristische Person in der vorliegenden Situation nicht als bösgläubig bezeichnet werden kann.

130 Selbst die hartnäckigsten Verfechter der Theorie der absoluten Wissensvertretung sind nicht der Ansicht, dass der Willensmangel eines am Rechtsgeschäft gänzlich unbeteiligten Organmitgliedes die juristische Person zur Anfechtung berechtige. Soweit sie sich überhaupt dazu äussern: Mertens in Köl.Komm. § 76 N. 16; Schilling in Hachenburg § 35 N. 8a.

131 Siehe N. 121.

Aber auch dieser Grundsatz, wonach die juristische Person sich die Kenntnis von rechterheblichen Umständen nur anrechnen lassen muss, wenn das wissende Organmitglied auch noch vom Geschäftsabschluss eines Kollegen Kenntnis hat, ist nicht ausnahmslos anwendbar. In einzelnen Fällen muss sogar die Kenntnis eines Organmitgliedes der juristischen Person zugerechnet werden, das tatsächlich keine Ahnung vom Geschäftsabschluss hat:

Ebenso wie die juristische Person sich allgemein als bösgläubig behandeln lassen muss, wenn einen Organvertreter der "Vorwurf" trifft, er habe die erheblichen Umstände nur nicht gekannt, weil er es an der nötigen Sorgfalt habe mangeln lassen[132], so muss dort, wo Wissen und Handeln nicht bei einem Organmitglied gemeinsam vorliegen, die juristische Person in gewissen Situationen auch als wissend bezeichnet werden, wenn das nicht handelnde Organmitglied lediglich wegen mangelnder Sorgfalt oder wegen offensichtlich ungenügender betrieblicher Organisation und Koordination vom Geschäftsabschluss nichts weiss[133].

Unter Umständen muss nämlich hier das berechtigte Vertrauen – zum Beispiel des Vertragspartners – geschützt werden. Dies ist etwa dann der Fall, wenn der Gegenkontrahent damit rechnen durfte, dass ein Organmitglied seine Kenntnis von massgeblichen Umständen seinem Geschäftskollegen übermittle, m.a.W., dass die Kenntnis des einen Organmitgliedes beim Geschäftsabschluss des andern berücksichtigt werde (Vertrauensprinzip).

II. Die Erheblichkeit des Wissens von Nichtorganen

A. Bei rechtsgeschäftlicher Stellvertretung

Eine juristische Person kann nicht nur durch ihre gesetzlichen oder statutarischen (Vertretungs-)Organe, (vgl. Art. 717 Abs. 1 und 2) sondern wie jede natürliche Person auch durch gewillkürte Vertreter (z.B. Abschlussagenten) rechtsgeschäftlich handeln. Die Frage, ob und wieweit das Wissen von Tatsachen bzw. Willensmängel dieser Vertreter für die juristische Person relevant sei, mündet sodann weitgehend in die allgemeine Problematik der Bewusstseinszurechnung bei gewillkürter Stellvertretung ein. Da ich mich dazu schon vorne im Zusammenhang mit der Bevollmächtigung eines

132 Art. 3 Abs. 2 ZGB, siehe vorne S. 79.

133 Im ersten Fall richtet sich der "Vorwurf" gegen das handelnde Organmitglied im einzelnen, im zweiten gegen die Gesellschaft als solche. Siehe zum letzteren z.B. BGE 90 II 449 ff. = Pra. 54 Nr. 38. Eine Gesellschaft mit mangelndem Informationssystem darf gegenüber einem organisierten Betrieb nicht bevorteilt werden.

kollektivzeichnungsberechtigten Organmitgliedes zum selbständigen Handeln durch ein anderes Organmitglied geäussert habe[134], kann ich mich hier auf eine kurze Zusammenfassung und ein paar Ergänzungen beschränken[135].

1. Wie wir gesehen haben, vertritt die herrschende schweizerische Lehre und Rechtsprechung die Ansicht, dass bei gewillkürter Stellvertretung sowohl die Kenntnislage des Vertreters, wie jene des Vertretenen zu berücksichtigen sei[136,137], wobei sie sich v.a. im Rahmen der Bestimmungen über den guten und bösen Glauben dazu äussern. Diese Auffassung widerspricht zwar der herrschenden Repräsentationstheorie, wonach das Rechtsgeschäft allein durch den Willen des Vertreters zustande kommt. In der Begründung wird denn auch nicht auf das Wesen der Vertretung, sondern auf den Grundsatz von Treu und Glauben verwiesen[138]. Freilich ist mit der These, dass auch stets die Bewusstseinslage des Vertretenen für das Rechtsgeschäft von Bedeutung sei, noch nicht gesagt, dass z.B. ein Eigentumserwerb eines Prinzipals ausgeschlossen sei, der zwar weiss, dass die Sache A nicht dem Z gehört, jedoch keine Ahnung hat, dass sein Vertreter diese Sache bei Z gerade für ihn zu erwerben sucht. Die eigentliche Problematik dieses Falles liegt, wie Müller-Freienfels richtig betont[139], gar nicht darin, ob der böse Glaube des Vertretenen stets schaden soll, sondern gehört zur Vorfrage, ob man einen Prinzipal schon als bösgläubig ansehen soll, weil er weiss, dass die Sache A von Z unterschlagen ist, ohne dass er Kenntnis vom Erwerb dieser Sache durch seinen Vertreter besitzt. Ein ähnliches Problem besteht bekanntlich auch bei der juristischen Person, indem sich dort die Frage stellt, ob bei blosser Kenntnis von massgeblichen Umständen irgendeines am Rechtsgeschäft nicht beteiligten Organmitgliedes ohne weitere Voraussetzungen die juristische Person als wissend angesehen werden und sie die an dieses Wissen geknüpften Rechtsfolgen tragen muss. Die selben Gründe, die mich vorne die Ansicht vertreten liessen, die juristische Person sei nicht als bösgläubig anzusehen, wenn irgendein Organmitglied die massgeblichen Umstände kennt, ohne vom Geschäftsabschluss durch einen Kollegen zu

134 Siehe S. 86 f.

135 Zur Frage der Wissenszurechnung bei (echter) Kollektivvertretung siehe S. 89 ff. Jene Äusserungen zur Organkollektivvertretung sind analog auch auf die einfache Kollektivvertretung anzuwenden. Im übrigen sei auf die ausführlichen Darlegungen Stoffels über die Zurechnung des guten und bösen Glaubens bei der Stellvertretung verwiesen (S. 51 ff.) v.a. was die Sonderfälle der Untervertretung (Substitution) und der indirekten Stellvertretung anbetrifft.

136 Siehe vorne S. 47 N. 13.

137 Für Deutschland siehe § 166 BGB. Zur Kritik des Abs. 2 von § 166 BGB siehe S. 147 bei N. 8.

138 Siehe vorne S. 48 N. 16.

139 Müller-Freienfels 415.

wissen[140], sind auch hier zu berücksichtigen und lassen den Prinzipal nicht als bösgläubig erscheinen, wenn er nur die massgeblichen Umstände kennt, aber ("unverschuldeterweise") nichts vom Geschäftsabschluss durch seinen Vertreter weiss. Auch in der vorliegenden Situation kann m.E. der Gegeninteressent nicht als schützenswerter angesehen werden als der Prinzipal[141].

Die gegenteilige Ansicht vertritt Müller-Freienfels[142]. Er anerkennt zwar, dass der erwähnte Prinzipal gegenüber einer Partei, die selber ein Geschäft mit einem Nichtberechtigten abschliesst, jedenfalls nicht den vollen bösen Glauben wie jene unredliche Partei besitzt. Und dennoch möchte er schon den teilweise wissenden Prinzipal als bösgläubig behandelt haben. Seine Argumentation scheint mir aber nicht stichhaltig. Weder die Behauptung, dass die Gegenansicht dazu führen würde, den Geschäftsinhaber besser zu stellen, wenn er statt selber zu handeln oder genaue Angaben zu geben, Generalvollmachten erteile, alles laufen lasse und sich um nichts kümmere[143], noch der Hinweis, dass der Prinzipal ja später das volle Wissen erhalte, vermag zu überzeugen. Nur eine einseitige Betrachtungsweise kann zur Ansicht führen, dass der Prinzipal besser gestellt sei, wenn er sich nicht um seine Geschäfte kümmere. Die Verhältnisse können nämlich durchaus so liegen, dass der Prinzipal gerade dadurch, dass er sich nicht um seine Geschäfte sorgt, sondern alles seinen Vertretern überlässt, kein Eigentum erlangt. Dies ist dann der Fall, wenn der abschliessende Vertreter (bzw. die abschliessenden Vertreter)[144] zufällig ein Spezialwissen besitzt[145], das einen Eigentumsübergang ausschliesst. Hätte der Prinzipal dagegen selbständig abgeschlossen, so wäre er, da gutgläubig, Eigentümer geworden[146].

140 Siehe vorne S. 102 ff.

141 gl.M. Jäggi Art. 3 N. 138; wohl auch Egger Art. 3 N. 9; Hegetschweiler 41. Die herrschende Ansicht, dass bei gewillkürter Stellvertretung sowohl die Kenntnislage des Vertreters, als auch jene des Vertretenen zu berücksichtigen sei, darf nun aber auch bei der juristischen Person nicht zum voreiligen Schluss verleiten, die Korporation sei bereits bösgläubig, wenn ein Organmitglied von den massgeblichen Umständen Kenntnis hat, weil dann ja die Vertretene bösgläubig sei. So aber BGE 43 II 487. Die Korporation ist in diesem Falle erst dann bösgläubig, wenn jenes Organmitglied auch vom Rechtsgeschäftsabschluss durch den Vertreter gewusst hat oder hätte wissen müssen; siehe dazu auch Will 53 ff.

142 Müller-Freienfels 415 f.

143 vgl. auch Reichel 240.

144 Ordnet der Geschäftsherr Kollektivvertretung an, so vergrössert sich für ihn sogar die "Gefahr", als bösgläubig behandelt zu werden, da dann mehrere Bewusstseinslagen Berücksichtigung finden.

145 Es muss sich hier um Spezialkenntnisse handeln, die auch der Prinzipal, hätte er selbst gehandelt, nicht erlangt hätte.

146 Zum Aspekt des Zufalls bei Arbeitseinteilung siehe hinten S. 108 f.

Erlangt der Prinzipal das volle Wissen erst nach dem Geschäftsabschluss, (bzw. nach der Besitzübergabe)[147], so muss es beim ursprünglichen Eigentumsübergang bleiben, da nachträgliche Bösgläubigkeit nicht schadet (mala fides superveniens non nocet). Selbstverständlich haftet er von jenem Zeitpunkt an gemäss Art. 940 ZGB.

Treten m.E. somit die negativen Folgen der Bösgläubigkeit für den Prinzipal nicht schon ein, wenn ein gutgläubiger Vertreter das Rechtsgeschäft abschliesst und er bloss die massgeblichen Umstände kennt, ohne zu wissen, dass sein Vertreter den Rechtsmangel gerade für ihn ausnützt[148], so möchte ich anderseits nicht ausschliessen, dass er bei einem Geschäft, bei dem er selbständig handelt, sich die Bösgläubigkeit seines bzw. seiner Generalbevollmächtigten (am Rechtsgeschäftsabschluss nicht beteiligten) anrechnen lassen muss. Dies ist sicher dann anzunehmen, wenn der bösgläubige Vertreter, der das betreffende Rechtsgeschäft auf Grund seiner Vertretungsmacht auch selbständig abschliessen könnte[149], dieses nur vorbereitet und den Abschluss, sei es um die Folgen der Bösgläubigkeit zu umgehen, sei es wegen betriebsinterner Bestimmungen, seinem Prinzipal überlässt[150]. Der Prinzipal muss aber u.U. bereits als bösgläubig behandelt werden, wenn ein Stellvertreter von der fehlenden Verfügungsbefugnis des Verkäufers und vom bevorstehenden Eigentumserwerb durch den Prinzipal weiss[151]. Zwar besteht auch für den Vertreter keine Pflicht, sich Kenntnis zu verschaffen, sich "bösgläubig zu machen". Hat er aber neben der Kenntnis von massgeblichen Umständen auch die Kenntnis vom bevorstehenden Rechtsgeschäftsabschluss seines Prinzipals, so erscheint es nur billig, wenn der Prinzipal die mit dem Wissen verbundenen (negativen) Rechtsfolgen zu tragen hat und nicht der Gegenkontrahent, bzw. der besser berechtigte Dritte[152]. Der auf Billigkeitserwägungen beruhende allgemeine Grundsatz, dass der Prinzipal sich nicht nur die Vorteile der arbeitsteiligen Persönlichkeitserweiterung soll zu Nutze machen können, sondern auch für die daraus

147 Siehe dazu vorne S. 79 und hinten S. 119 f.

148 Kritisch Pfister 79 N. 266. Siehe in diesem Zusammenhang auch die herrschende deutsche Meinung zu § 2 dVVG, wonach die Kenntnis i.S. dieses Paragraphen nicht gegeben ist, wenn der vertragsabschliessende Bevollmächtigte von dem Eintritt des Versicherungsfalles nichts weiss, während der Versicherungsnehmer zwar von dem Ereignis, aber nichts von dem Vertragsabschluss weiss, Prölls, Komm. zum Versicherungsvertragsgesetz, 19. Aufl. 1973, § 2 N. 3; ihm folgend, Müller-Freienfels 401.

149 Siehe auch hinten S. 113 f.

150 Siehe die Argumente zur parallelen Frage bei der organschaftlichen Stellvertretung S. 99 f.

151 gl.M. Will 55 f.

152 Dies natürlich nur unter der Bedingung, dass der Vertreter das betreffende Rechtsgeschäft aufgrund seiner Vertretungsmacht auch hätte abschliessen können, siehe vorne § 7 N. 19, hinten S. 110.

entstehenden Nachteile einstehen muss, muss auch hier zur Anwendung gelangen. Stattet ein Prinzipal seinen Vertreter mit der Macht aus, für ihn Rechtsgeschäfte abzuschliessen, so ist nicht einzusehen, warum er dessen Bewusstseinslage nur gegen sich gelten lassen sollte, wenn dieser tatsächlich am Rechtsgeschäft teilnimmt, nicht aber, wenn er selbst abschliesst und der Vertreter nur mitwissend daran beteiligt ist. Die Berufung des Prinzipals auf seine eigene Bewusstseinslage würde in einem solchen Fall Treu und Glauben widersprechen, wobei auch hier letzten Endes die Würdigung des Einzelfalles, unter Berücksichtigung der konkreten Interessenlage, entscheidet.

Nach der hier vertretenen Ansicht besteht somit grundsätzlich kein Unterschied, ob der Vertreter handelt und der Vertretene von den massgeblichen Umständen und vom Geschäftsabschluss seines Vertreters weiss, oder ob der Vertretene handelt und der Vertreter die entsprechenden Kenntnisse hat; jedesmal treten die mit dem Wissen verbundenen (negativen) Folgen für den Prinzipal ein.

Diese These der grundsätzlichen Gleichsetzung von Vertreter und Vertretenem im erwähnten Sinn hat für das deutsche Recht insofern keine Berechtigung, als nach § 166 Abs. 2 BGB die Bewusstseinslage des am Rechtsgeschäftsabschluss nicht Beteiligten, d.h. des Prinzipals, nur berücksichtigt wird, wenn er dem abschliessenden Vertreter bestimmte Weisungen erteilt und nicht schon, wenn er davon weiss[153]. Da der Vertreter ja nicht befugt ist, seinem Prinzipal Weisungen zu erteilen, wird die Kenntnis des Vertreters beim Abschluss durch den Vertretenen stets irrelevant sein.

Je mehr Vertreter der Prinzipal mit Vertretungsmacht (z.B. Einzelprokura) ausstattet, desto augenfälliger wird die grundsätzliche Problematik des rechtlich relevanten Wissens bei arbeitsteiliger Persönlichkeitserweiterung. Der Gegenkontrahent kann dann einerseits mit dem Prinzipal, anderseits mit den Vertretern X oder Y etc. ein Rechtsgeschäft abschliessen und Bestand und Inhalt dieses Rechtsgeschäfts hängt letztlich, wegen der unterschiedlichen Bewusstseinslagen der verschiedenen möglichen Verhandlungspartner, vom Zufall ab: Schliesst der Gegenkontrahent mit X den Vertrag ab, so erlangt der Prinzipal zum Beispiel Eigentum, schliesst er dagegen mit Y ab, so ist der Eigentumserwerb wegen Y's Bösgläubigkeit ausgeschlossen. Dies ist wahrlich eine für den allgemeinen Rechtsverkehr unerfreuliche Situation.

153 Für eine extensive Auslegung von § 166 Abs. 2 BGB, wonach mit der hier vertretenen Meinung gleichgezogen wird: Neumann-Duesberg JR 1950 S. 334: "Nach § 242, 157 BGB ist nicht einmal Anwesenheit erforderlich, sondern es muss genügen, dass der Vollmachtgeber von der bevorstehenden Handlung des gutgläubigen Vertreters Kenntnis hat, ihn aber nicht hindert, obwohl er es könnte und müsste." Ebenso Plank-Flad, Komm. zum BGB 1913 § 166 N. 2; vgl. nun auch BGHZ 50 368.

Es geht deshalb bei der Lösung des vorliegenden Problems im Grunde genommen darum, den Einfluss des Faktors Zufall zu verringern, bzw. einen billigen Ausgleich der gegensätzlichen Interessen zu finden. Die folgenden als allgemeine Richtlinien aufzufassenden Regeln dürften bei einer Organisation mit mehreren Stellvertretern eine möglichst gerechte Verteilung des "Risikos" ergeben.

Tritt jemand mit einem Unternehmen in Kontakt und schliesst mit einem der zahlreichen Stellvertreter (X) ein Rechtsgeschäft ab, so kommt es bezüglich Bestand und Inhalt dieses Rechtsgeschäftes primär auf die Bewusstseinslage des X an. Im weiteren kann auch die Bewusstseinslage (im speziellen die Kenntnis von massgeblichen Umständen) des Prinzipals oder eines weiteren Vertreters eine Rolle spielen, nämlich dann, wenn diese vom Rechtsgeschäftsabschluss des X Kenntnis haben. Ein blosses Abstellen auf die Bewusstseinslage des das Rechtsgeschäft abschliessenden Vertreters würde die Interessen des Gegenkontrahenten bzw. eines besser berechtigten Dritten in unbilliger Weise unberücksichtigt lassen. Als Korrelat zu den Vorteilen, die die Verwendung von mehreren Stellvertretern für den Prinzipal bringt, muss er die negativen Folgen, die an die Kenntnis von gewissen Tatsachen geknüpft werden, bei der erwähnten speziellen Konstellation tragen[154]. Dagegen kommt man zu einem anderen Resultat, wenn ein nicht am Rechtsgeschäft beteiligter Vertreter bzw. der Prinzipal zwar die massgeblichen Umstände kennt, jedoch keine Ahnung vom Rechtsgeschäftsabschluss durch den (gutgläubigen) X hat. Hier ist weder der Prinzipal noch ein Vertreter in der Lage, gegensteuernd auf den Geschäftsabschluss einzuwirken, weshalb der Prinzipal auch nicht die mit der Kenntnis von Tatsachen verknüpften negativen Folgen tragen soll[155].

Im Verlauf der vorliegenden Untersuchung hat sich gezeigt, dass sich die im Schrifttum auch im Zusammenhang mit der vorliegenden Frage der Wissensvertretung immer wieder betonte strikte Trennung zwischen organschaftlicher und rechtsgeschäftlicher Vertretung in diesem Bereich nicht aufdrängt[156]. Es handelt sich ja im Grunde genommen in beiden Fällen um die selbe allgemeine Frage, wieweit bei einer Organisation, in der verschiedene natürliche Personen für eine andere (natürliche oder juristische) Person tätig sind, das Wissen der einzelnen "Vertreter" zu berücksichtigen ist. Hierauf gibt es aber m.E. eine generelle, für beide Vertretungsarten allgemein gültige Antwort: Besitzt ein Vertreter die Vertretungsmacht um

154 a.A. Stoffel 77; Reichwein SJZ 66 1; v.Tuhr/Siegwart I § 44 S. 337 f.

155 Für das deutsche Recht dürfte § 166 BGB analog anzuwenden sein, d.h., dass nur die Kenntnis eines mithandelnden Vertreters berücksichtigt wird (vgl. Abs. 1), bzw. eines Vertreters, der seinem Kollegen bestimmte Hinweise gibt (vgl. Abs. 2).

156 Siehe Art. 185 des liechtensteinischen Personen- und Gesellschaftsrechts, vorne § 1 N. 24.

ein bestimmtes Rechtsgeschäft abzuschliessen[157], – sei diese vom Gesetz (organschaftliche Vertretung, Art. 55 ZGB), sei sie vom Geschäftsherrn verliehen (rechtsgeschäftliche Stellvertretung Art. 32 ff. OR) – so muss der Vertretene die aus der Kenntnis bestimmter Umstände entstehenden Nachteile stets tragen, wenn der diese Umstände kennende Vertreter wenigstens wissend[158] daran beteiligt ist.

Auch wenn der erwähnte Leitgedanke sowohl im Rahmen der organschaftlichen, als auch der stellvertretungsrechtlichen Wissensvertretung grundsätzlich Gültigkeit besitzt, so sind im übrigen zwischen diesen beiden Vertretungsarten dennoch gewisse Unterschiede im Wissensbereich festzustellen:

– Die Vertretungsmacht eines Organmitgliedes ist grundsätzlich (nach aussen) unbeschränkbar[159]. Der Prinzipal dagegen kann den Umfang der Vertretungsmacht seines Vertreters je nach Bedarf im einzelnen Fall frei festlegen[160]. Die Möglichkeiten reichen von der Ermächtigung zur Vornahme eines einzelnen Rechtsgeschäftes (Spezialvollmacht) bis zur Generalvollmacht. Hat nun ein Spezialbevollmächtigter Kenntnis von gewissen Tatsachen, die zwar für den Prinzipal von Bedeutung ist, die aber in keinem Zusammenhang mit dem Rechtsgeschäft steht, für das er bevollmächtigt wurde, so ist er bezüglich dieses Geschäftes höchstens in der Position einer Hilfsperson ohne Vertretungsmacht und seine Kenntnis ist grundsätzlich dem Prinzipal nicht zuzurechnen, auch wenn dieser Spezialbevollmächtigte vom Rechtsgeschäftsabschluss durch einen weiteren Stellvertreter des Prinzipals weiss[161]. Verleiht zum Beispiel ein Geschäftsherr einem Rechtsanwalt die Auftragsvollmacht, einen Prozess in einer steuerrechtlichen Angelegenheit zu führen, so hat dessen Wissen in keinem Fall Bedeutung im Zusammenhang mit irgendwelchen Gewährleistungsansprüchen des Prinzipals aus einem Kaufvertrag (Art. 200 OR).

– Zwar muss sich ein Geschäftsherr das Kennenmüssen seines rechtsgeschäftlich handelnden Vertreters – was die massgeblichen Umstände anbetrifft – in gleichem Masse anrechnen lassen, wie eine juristische Person das

157 Für Vertreterhandlungen ausserhalb des rechtsgeschäftlichen Verkehrs siehe hinten S. 115 ff.

158 In der "wissenden Beteiligung" ist selbstverständlich die mehrheitlich geforderte "handelnde Beteiligung" miteingeschlossen.

159 Siehe dazu vorne N. 83.

160 Für den kaufmännischen Verkehr wird aus Gründen der Verkehrssicherheit auch der Umfang der Vertretungsmacht von Hilfspersonen gesetzlich umschrieben: Prokura, Art. 459 Abs. 1 OR; Handlungsvollmacht, Art. 462 Abs. 1 OR. Zur Prokura siehe Bucher (zit. N. 83) 43 ff.

161 Ähnlich HG des Kantons Zürich in ZR 20 Nr. 27 S. 53; siehe auch Bruck/Möller § 44 N. 5.

Kennenmüssen seines Organmitgliedes. Dagegen werden die Anforderungen, was das Kennenmüssen vom Rechtsgeschäftsabschluss durch einen andern Vertreter anbetrifft, bei einem Stellvertreter weniger hoch anzusetzen sein, als bei einem Organvertreter. Denn lediglich dem Organvertreter obliegt neben der Vertretung nach aussen auch regelmässig die innere Geschäftsführung. Vom Organmitglied wird deshalb ein gewisser Gesamtüberblick erwartet[162], weshalb ihn (und damit die juristische Person) der "Vorwurf" des Wissenmüssens in vermehrtem Masse treffen wird[163].

2. Dass neben dem Willensmangel des handelnden Vertreters u.U. auch jener des Vertretenen bezüglich des Ausführungsgeschäftes relevant sein kann, haben wir bereits vorne festgestellt[164]. Hier ist noch kurz auf das Problem einzutreten, ob bei unterschiedlicher Bewusstseinslage des Vertreters und des Vertretenen in dem Sinne, dass der Bevollmächtigte gutgläubig den Geschäftsgegner in einen Irrtum versetzt, während der Vollmachtgeber zwar den wahren Sachverhalt kennt, aber nichts von dem Geschäftsabschluss weiss, bei dem seinem Vertreter die irrtümliche Angabe unterlaufen ist, bereits eine absichtliche Täuschung vorliege. Mit der von Müller-Freienfels[165] angeführten und von ihm unterstützten herrschenden englischen Meinung ist diese Frage zu verneinen. Die ursprünglich vertretene Ansicht, das teilweise Wissen des Vertreters und das teilweise Wissen des Vertretenen ergebe als Summe einen arglistig handelnden Vertretenen wird heute in England ausdrücklich abgelehnt: "You cannot add innocent knowledge to innocent knowledge and get guilty knowledge[166]." Diese Auffassung, dass das Moment der Arglist bei einer einzelnen Person effektiv vorhanden sein muss[167], damit das Rechtsgeschäft angefochten werden kann, möchte ich aber nicht auf dieses Internum beschränkt haben, sondern zu einem allgemeinen Grundsatz ausdehnen, nämlich dass im Rahmen eines Vertretergeschäftes ein Wissen (die Bewusstseinslage) erst rechtlich relevant sein kann, wenn alle Elemente, die zur Erfüllung eines solchen "Wissenstatbestandes" vorausgesetzt werden, bei einer einzigen Person vorliegen[168].

162 Siehe vorne § 8 N. 22.

163 Hier sei noch auf folgendes hinzuweisen: Im Gegensatz zur rechtsgeschäftlichen Stellvertretung ist die juristische Person ("Vertretene") ohne (Organ)Person grundsätzlich wissensunfähig (siehe vorne S. 78). Wurde aber ein Stellvertreter von der einzigen Organperson mit Vollmacht ausgestattet, so kann dieser Vertreter (im Rahmen seiner Vollmacht) weiterhin für die juristische Person Kenntnis erlangen, auch wenn diese vorübergehend ohne Organ ist.

164 Siehe vorne S. 86 N. 52.

165 Müller-Freienfels 419 ff.

166 Devlin, Law Quarterly Review 53 (1937) 363, zitiert bei Müller-Freienfels 418.

167 Sei es beim Vertreter, sei es beim Vertretenen.

168 Siehe dazu vorne S. 81 und S. 109.

Die englische Lehrmeinung ist im weiteren der Ansicht[169], der Täuschungstatbestand sei auch erfüllt, wenn nicht der das konkrete Geschäft abschliessende, sondern ein zweiter Vertreter sich darüber im klaren war, dass der erste Vertreter den Gegner durch eine nach bestem Wissen gemachte Angabe zum Abschluss bestimmte, die ihm selber aber als falsch bekannt war. Dann müsse der Prinzipal das Verhalten dieses zweiten Vertreters als arglistige Täuschung gegen sich gelten lassen[170]. Diese dort für die arglistige Täuschung gemachte Feststellung trifft aber m.E. für alle Wissenstatbestände zu, d.h., dass der Prinzipal stets als wissend angesehen werden muss, wenn ein Vertreter die massgeblichen Umstände kennt und überdies wissend am Rechtsgeschäft beteiligt ist[171].

B. Bei Hilfskräften ohne rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht

Hilfspersonen ohne rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht können mit ihrem Willen den Prinzipal (rechtsgeschäftlich) weder berechtigen noch verpflichten. Daher liegt die Vermutung nahe, dass auch das Wissen dieser Personen für den Prinzipal ohne jede Bedeutung sei[172]. Es wird sich jedoch zeigen, dass die einfache Unterteilung in die Kategorien "Hilfspersonen mit Vertretungsmacht" und "Hilfspersonen ohne Vertretungsmacht" noch nicht ausreicht, um den Kreis derjenigen Personen abzustecken, deren Wissen der Prinzipal (die juristische Person) zu vertreten hat.

1. Im Rahmen von Rechtsgeschäften

Betrachtet man die verschiedenen Hilfspersonen, die beim Abschluss von Rechtsgeschäften direkt beteiligt sein können, so lassen sich grundsätzlich zwei Gruppen feststellen: Die einen beeinflussen die Entschlussbildung des Geschäftsherrn, die andern nicht. Bei der letzteren Kategorie, unter welche u.a. der Dolmetscher, die Stenodaktylo, die den Vertragstext abschreibt und der Bote fallen, hat der Prinzipal seinen Geschäftswillen bereits gefasst.

Die Funktion jener Hilfskräfte besteht somit bloss darin, den Willen des Prinzipals in die Tat umsetzen zu helfen. Wo somit eine Einflussnahme auf die Willensbildung des Prinzipals durch eine Hilfsperson gänzlich fehlt, hat

169 Zitiert bei Müller-Freienfels 420.
170 Zustimmend Müller-Freienfels 420 N. 24.
171 Siehe dazu vorne S. 108 f.
172 Stoffel 41: "Wer nicht Vertreter im Willen ist, der soll auch nicht Vertreter im Wissen sein können." Siehe auch Pfister 77.

dieser auch deren Kenntnis von rechtserheblichen Umständen nicht zu vertreten. Im übrigen dürfte diesen Hilfskräften häufig der nötige Überblick fehlen, um ihr Wissen für den Prinzipal überhaupt verwerten zu können[173].

Bei der andern Kategorie äussern die Hilfskräfte ihren Willen zwar auch nicht direkt gegenüber Dritten, beeinflussen aber den Willensentschluss des Prinzipals (oder dessen handelnden Stellvertreters). Eine solche Hilfsperson, die den Geschäftswillen des Prinzipals entscheidend beeinflusst ist zum Beispiel der Vermittlungsagent (Geschäftsvermittler). Dieser setzt sich ebenso aktiv für das Zustandekommen eines Geschäftes ein, wie der Vertreter, der es auch selbständig abschliesst. Die Tätigkeit des Vermittlungsagenten geht in bezug auf das Zustandekommen des Vertrages somit sehr weit: Er bahnt das Geschäft an, führt Vorverhandlungen, ebnet den Weg und bereitet den Geschäftsabschluss vor. Der Geschäftsherr braucht häufig nur noch ja zu sagen, und das Rechtsgeschäft ist perfekt. Im übrigen entfaltet der Vermittlungsagent seine Tätigkeit auf Veranlassung, im Einverständnis und v.a. im Interesse seines Auftraggebers und geniesst meistens dessen volles Vertrauen. Diese erwähnten Umstände lassen es aber nur als billig erscheinen, dass sich der Prinzipal die Kenntnis dieser Hilfsperson anrechnen lassen muss[174]. Anders dürfte dagegen bei Vermittlern zu entscheiden sein, die sich mit dem Nachweis einer Geschäftsmöglichkeit begnügen, insoweit also gar nicht in die Vertragsverhandlungen eingeschaltet sind[175].

Neben dem Vermittlungsagenten i.e.S. wird auch das Wissen anderer nur vermittelnder Angestellter, die zur Vorbereitung eines Geschäftes oder zur Vorverhandlung bevollmächtigt waren, für den Prinzipal relevant sein. Die herrschende deutsche Meinung verlangt in diesen Fällen aber, dass dieser Angestellte (Vermittler) – als Mindestvoraussetzung – dem Geschäftspartner gegenüber bei den Vertragsverhandlungen als für den Geschäftsherrn handelnd in Erscheinung getreten ist[176]. Nach ihr kann die Kenntnis einer Person, die den Geschäftsherrn nur intern berät, ohne dem anderen Vertragsteil gegenüber aufzutreten, jenem nicht zugerechnet werden[177].

173 Siehe vorne S. 12 N. 28.

174 h.M., Reichel 252; Stoffel 48 f.; Soergel/Schultze-v.Lasaulx § 166 N. 6; Enneccerus/Nipperdey I 2 § 182 N. 9; BGH in BB 1957 729: "Ein Unternehmer muss Umstände, die seinem Handelsvertreter, der mit Vermittlung betraut ist, bekannt sind oder bekannt sein müssen, im allgemeinen gegen sich gelten lassen, auch wenn der Handelsvertreter keine Abschlussvollmacht hat."

175 Stoffel 47.

176 Soergel/Schultze-v.Lasaulx § 166 N. 6; BGH in BB 1963 1353.

177 In einem Entscheid im Zusammenhang mit § 419 BGB (Vermögensübernahme; Haftung des Übernehmers) rechnet der BGH (in NJW 1965 1174) ebenfalls die Kenntnis eines solchen Vermittlers, der als Berater eines Vertragsteils, dem andern Vertragsteil erkennbar, an der Gestaltung der Vertragsbedingungen mitwirkte, nicht zu. Denn dies könne nur der Fall sein, wenn es sich um den im Rahmen eines Vertragsverhältnisses zwischen den

Dieser Regelung ist als Grundsatz sicher beizupflichten. In Ausnahmefällen dürfte aber auch die Kenntnislage einer Hilfsperson ohne Vertretungsmacht für den Prinzipal relevant sein, die dem Vertragsgegner nicht gegenübertritt. Dies kann etwa bei Inhabern von sog. Stabstellen[178] oder bei hohen technischen Beamten der Fall sein, die im allgemeinen für ihre Tätigkeit keine rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht benötigen. Die Aufgabe eines Angestellten in Stabsfunktion besteht z.B. oft darin, ein umfangreiches Geschäft vorzubereiten, das er zum definitiven Abschluss dem Geschäftsherrn bzw. Direktor unterbreitet. In diesem Fall ist meistens nur die Hilfsperson über das Rechtsgeschäft im Detail informiert. Ein blosses Abstellen auf die Bewusstseinslage des nach aussen handelnden Vertreters kann deshalb auch hier zu unbilligen Resultaten führen.

Es zeigt sich somit, dass bei der Frage, ob ein Prinzipal sich die Kenntnis seiner Hilfsperson anzurechnen hat, vom formalen Kriterium des Handelns als Vertreter u.U. abgesehen werden muss, und stattdessen auf das Ausmass der tatsächlichen Mitwirkung bei Vertragsabschluss abzustellen ist[179].

Letztlich wird in jedem Fall für sich zu entscheiden sein, ob die Beziehungen der Hilfsperson zum Prinzipal und dessen Rechtsgeschäft so eng sind, dass dieser das Wissen seiner Hilfsperson wie sein eigenes zu vertreten hat[180].

Die eben erwähnten Überlegungen spielen auch bei der verwandten Frage hinein, wer im Rahmen von Art. 28 Abs. 2 OR / § 123 Abs. 2 BGB als "Dritter" zu bezeichnen sei. Grundsätzlich besteht hier Einigkeit darüber, dass nicht alle Personen ausser dem Getäuschten und dem Täuschenden Dritte sind, und dass auch nicht darauf abgestellt werden kann,

Vertragspartnern zu beanspruchenden Vertrauensschutz auf die Rechtsbeständigkeit einer Willenserklärung handle, nicht aber in einem Falle, wo es sich darum handle, ob ein an den Vertragsverhandlungen nicht beteiligter Gläubiger (somit aussenstehender Dritter), der von den Einzelheiten des Vertragsabschlusses keine Kenntnis hat, Zugriff auf den erworbenen Vermögensgegenstand auch dann nehmen könne, wenn der Erwerber nicht in Kenntnis des die Haftung begründenden Tatbestands war.

Würde man diesen Gedankengang verallgemeinern und die Kenntnis einer den Vertrag vorbereitenden Hilfsperson nur dann dem Geschäftsherrn zurechnen, wenn die Interessen des direkten Vertragsgegners tangiert würden, so wäre die Kenntnis dieser Hilfsperson z.B. im Rahmen von Art. 714 Abs. 2 und Art. 933 ZGB stets irrelevant, weil der besser berechtigte Dritte ja nicht am Vertrag beteiligt ist.

178 Dazu allgemein: Paul Kuhn, Die Entlastung von Unternehmensleitern insbesondere durch Stäbe, Diss. Bern 1961.

179 Reichel 248 f.: "Je intensiver die Mitwirkung und Einflussnahme des Gehilfen auf den Geschäftsabschluss ist, umso intensiver ist auch die Bedeutung seiner mala fides."

180 Siehe auch BGHZ 41 21.

ob der die Täuschung Verübende bevollmächtigt ist, für den Anfechtungsgegner zu handeln[181].

Auch hier wird der tatsächlichen Funktion, die der Täuschende beim Zustandekommen des Geschäftes einnimmt, entscheidende Bedeutung zugemessen. So wird etwa darauf abgestellt, dass die Hilfsperson als Gehilfe des Prinzipals zu den Verhandlungen hinzugezogen wurde, oder darauf, dass sie die Vertragsverhandlungen so weit geführt hatte, dass der Geschäftsherr den Vertrag nur noch zu genehmigen hatte. Im übrigen bestehen hier ebensowenig wie bei der vorhin erwähnten Wissenszurechnung einheitliche Abgrenzungskriterien, was den deutschen BGH u.a. zur vagen Formulierung veranlasste, dass auf "Billigkeitsgesichtspunkte unter Berücksichtigung der Interessenlage" abzustellen sei[182].

2. Im Rahmen von Tathandlungen

Nachdem wir festgestellt haben, dass der Prinzipal sich im rechtsgeschäftlichen Bereich grundsätzlich das Wissen seiner mit Vollmacht ausgestatteten Hilfsperson anrechnen lassen muss[183], so stellt sich hier nun die Frage, wessen Wissen er im Rahmen von Tathandlungen zu vertreten hat.

Bei Rechtsgeschäften treten bekanntlich Rechtsfolgen ein, weil sie gewollt sind, bei Tathandlungen dagegen ex lege[184]. Treten die Rechtsfolgen bei einer Tathandlung aber unabhängig von jeder Willensbetätigung ein, so können solche Handlungen auch von Personen ohne (rechtsgeschäftlichen) Willen vorgenommen werden[185]. Übertragen auf Vertretungsverhältnisse bedeutet dies, dass solche Handlungen auch Hilfspersonen für den Prinzipal

181 v.Tuhr/Siegwart I § 38 S. 287; Stoffel 50; Reichel 253; BGE 63 II 78: "... im allgemeinen sind Personen, die auf der Seite einer Partei am Zustandekommen des Vertrages beteiligt sind, nicht als Dritte, sondern als Abschlussgehilfen der Partei zu betrachten, für welche diese einzustehen hat. So hat das BGer von jeher bei der Frage nach dem Vorliegen einer absichtlichen Täuschung, Art. 28 OR, die von Angestellten, Agenten oder sonstigen Gehilfen begangene Täuschung der Partei als eigenes Verhalten zugerechnet, da diese Personen nicht als Dritte zu betrachten seien (BGE 31 II 380, 40 II 541)."
Soergel/Hefermehl § 123 N. 29; Enneccerus/Nipperdey I 2 § 174 N. 18; Staudinger/Coing § 123 N. 37; BGH in NJW 1962 2195; RGZ 72 133 ff.

182 BGH in NJW 1962 1907 f.

183 Wobei der Kreis der zu berücksichtigenden Personen unter bestimmten Voraussetzungen auch auf Hilfspersonen ohne Vertretungsmacht erweitert werden muss, siehe vorne 1.

184 Rechtsgeschäfte rufen eine Willenswirkung, Tathandlungen eine Gesetzeswirkung hervor, siehe vorne S. 8 ff.

185 m.a.W. auch von urteilsfähigen Unmündigen, Art. 17/19 ZGB, Oser/Schönenberger Vor. Art. 32-40 N. 14.

vornehmen können, die diesen im rechtsgeschäftlichen Bereich weder zu berechtigen noch zu verpflichten vermögen (= Hilfspersonen ohne Vertretungsmacht).

Auch bei Tathandlungen hängen die Rechtsfolgen zum Teil davon ab, ob der Handelnde Kenntnis von gewissen Tatsachen hat óder nicht. In diesem Zusammenhang erhebt sich sodann die Frage, ob und in welchem Masse ein Prinzipal sich die Bewusstseinslage einer den Tatbestand einer Tathandlung erfüllenden Hilfsperson anrechnen lassen muss. Dieses Problem stellt sich vor allem beim Tatbestand des Besitzerwerbes durch eine Hilfsperson (Besitzdiener), worauf ich mich im folgenden beschränken werde.

Der unmittelbare Besitz wird entweder originär, durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt an besitzlosen Sachen oder derivativ, durch Einzelnachfolge im Besitz, also durch Übertragung des Besitzes, erworben. Die Übertragung kann in zwei Formen geschehen:
Entweder durch Überlassung der tatsächlichen Gewalt seitens des bisherigen Besitzers (Art. 922 Abs. 1 ZGB); diese ist kein Rechtsgeschäft, sondern ein Realakt (Tathandlung),
oder durch Einigung (Art. 922 Abs. 2 ZGB)[186].

Stellvertretung (Art. 32 ff. OR) ist nur bei Willenserklärungen möglich, Stellvertretung im Besitz dagegen ist ausgeschlossen, da der Besitz ein tatsächliches Verhältnis zur Sache ist[187]. Der Besitzdiener ist somit nicht Stellvertreter des Besitzherrn. Zwar ist seine Stellung derjenigen eines Vertreters in gewissem Sinne ähnlich; er übt die tatsächliche Gewalt "für einen andern" aus. Im übrigen kann der Besitzdiener auch gleichzeitig Bevollmächtigter des Besitzherrn sein[188]. Das hat aber nur Bedeutung für rechtsgeschäftliche Vorgänge, nicht für Tathandlungen wie die Ergreifung der tatsächlichen Gewalt nach Art. 922 Abs. 1 ZGB[189]. Bei "Besitztatbeständen" spielt die Bewusstseinslage des Besitzers, bzw. Besitzerwerbers im Rahmen des gutgläubigen Eigentumserwerbs (Art. 933 ZGB) und bei der Verantwortlichkeit des Besitzers (Art. 938/40 ZGB) eine Rolle.

186 Sog. Besitzvertrag, Stark Art. 922 N. 31 ff.

187 Stark Art. 923 N. 7; Homberger Art. 923 N. 3; Oser/Schönenberger Vor. Art. 32-40 N. 14d; Soergel/Mühl § 854 N. 10; Wolff/Raiser 45; BGHZ 16 264.

188 Selbst ein Prokurist ist in der Regel Besitzdiener des Prinzipals.

189 Für den Besitzerwerb nach Art. 922 Abs. 2 ZGB scheidet dagegen der blosse Besitzdiener aus, denn er kann bei der Willenseinigung nicht für den Besitzherrn tätig werden.

a) Verantwortlichkeit des Besitzers Art. 938/40 ZGB, § 990 BGB[190]

Die Verantwortlichkeits- und Bereicherungsansprüche von Art. 938 ff. ZGB sind gegenüber dem gutgläubigen Besitzer anders gestaltet als gegenüber dem bösgläubigen: Der gutgläubige unberechtigte Besitzer wird behandelt, wie wenn er während seines gutgläubigen Besitzes berechtigt gewesen wäre, der bösgläubige Besitzer dagegen hat für allen durch die Vorenthaltung verursachten Schaden, sowie für die bezogenen und versäumten Früchte Ersatz zu leisten. Wird der Besitz nicht vom Besitzherrn selbst, sondern von einem Besitzdiener erworben, – was bei einem Unternehmen der "Normalfall" ist – so stellt sich die Frage, ob der Besitzer nach Art. 940 ZGB bereits unredlich ist, wenn zwar nicht er selbst, sondern sein Besitzdiener beim Besitzerwerb bösgläubig war.

In der deutschen Rechtsprechung und Lehre herrscht neuerdings zu dieser Frage, ob die Bösgläubigkeit des Besitzdieners im Rahmen von § 987 ff. BGB dem Besitzherrn zugerechnet werden muss, eine lebhafte Meinungsverschiedenheit. Es besteht zwar grundsätzlich Einigkeit darüber, dass die Bewusstseinslage des Besitzdieners beim Besitzerwerb für seinen Herrn berücksichtigt werden müsse, streitig ist dagegen, ob für die Zurechnung § 166 oder § 831 BGB entsprechend gelten soll[191].

Wenn auch der in der Schweiz von Lehre und Rechtsprechung entwickelte "Besitzdiener" eine vom deutschen Recht (§ 855 BGB) abweichende Rechtsstellung hat[192], so bleibt die Problematik grundsätzlich die selbe, nämlich, ob ein Besitzherr sich die Bewusstseinslage einer Hilfsperson anrechnen lassen muss, deren er sich bedient, um sein tatsächliches Gewaltverhältnis herzustellen.

Das schweizerische Recht kennt bekanntlich keine dem § 166 BGB entsprechende Gesetzesbestimmung. Es ist nun aber gerade dieser § 166 BGB der von der herrschenden deutschen Meinung auch entsprechend auf den vorliegenden Tatbestand angewendet wird[193]. Dass Art. 101 OR als Zurechnungsnorm für jegliches "schädliche" Gehilfenverhalten vorliegend nicht zur Anwendung kommt, steht ausser Zweifel, weil er auf bereits bestehende Schuldverhältnisse beschränkt ist[194].

190 Beispiel: A ist Grosshändler für Radioapparate. B ist sein Ein- und Verkaufsleiter. Dieser kauft dem C Geräte ab, die C bei D gestohlen hatte. D fordert von A Schadenersatz in Höhe des Wertes der inzwischen weiterveräusserten Geräte, siehe BGHZ 32 53.

191 Siehe dazu ausführlich: Rabe, Die Behandlung der Bösgläubigkeit des Besitzdieners beim Besitzerwerb in § 990 BGB; Wetzel, Die Zurechnung des Verhaltens Dritter bei Eigentumsstörungstatbeständen.

192 Siehe dazu vorne S. 60.

193 Raiser JZ 1961 26 f.; Flume § 52 6 N. 42; Reinhardt 118 ff.; Richardi AcP 169 394; Hoche JuS 61 76; Wetzel 68; BGHZ 32 53 bestätigt durch BGHZ 41 17.

194 Oser/Schönenberger Art. 101 N. 4; Portmann 43 f.; zu § 278 BGB siehe BGHZ 16 262.

Ausserhalb bestehender Schuldverhältnisse kommt grundsätzlich Art. 55 OR als Zurechnungsmöglichkeit in Betracht[195]. Gegen eine Anwendung dieses Artikels spricht aber, dass die (bösgläubige) Besitzbegründung nach Art. 940 ZGB keine rechtswidrige Eigentumsverletzung, kein deliktartiger Tatbestand (Art. 41 ff. OR) ist. "Grund der Klage ist der (unberechtigte) Besitz und nicht ein Delikt[196]."

Die Heranziehung von Art. 55 OR ist aber auch aus dem Grunde abzulehnen, weil nach Art. 55 OR dem Geschäftsherrn im Gegensatz zur vorliegenden Situation nicht ein bei der Hilfsperson vorliegendes subjektives Element (Verschulden), sondern einzig und allein dessen (objektiv rechtswidriges) Verhalten zugerechnet wird[197].

Nachdem wir nun feststellen konnten, dass im schweizerischen Recht eine ausdrückliche oder entsprechend anwendbare Bestimmung fehlt, nach welcher der böse Glaube des Besitzdieners dem Besitzherrn zugerechnet werden könnte, scheint die Bewusstseinslage dieser Hilfsperson für den "Vertretenen" stets irrelevant zu sein. Dieser Schluss wäre nun aber etwas voreilig, haben doch Lehre und Rechtsprechung auch die Kenntnis des rechtsgeschäftlichen Stellvertreters dem Vertretenen zugerechnet, ohne sich auf eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung abstützen zu können. Da es aber in Literatur und Rechtsprechung an einer eingehenden Begründung dieser Zurechnung fehlt[198], ist auch nicht zu erkennen, ob die Überlegungen, die zur Zurechnung der Kenntnis gewisser Umstände bei rechtsgeschäftlicher Stellvertretung geführt haben, auch beim Besitzerwerb als eine Tathandlung anwendbar sind. Auch aus vereinzelten Hinweisen auf die Repräsentationstheorie[199], wonach es bei der Willenseinigung auf den Willen des Vertreters ankommt, der Tatbestand des Rechtsgeschäfts sich in seiner Person verwirkliche, weshalb auch sein Wissen relevant sein müsse, lässt sich nichts für den vorliegenden Tatbestand ableiten.

Ebenso wie die Wissenszurechnung bei der rechtsgeschäftlichen Stellvertretung letztlich auf dem allgemeinen Prinzip beruht, dass jemand nicht nur die Vorteile der Arbeitsteilung geniessen, sondern auch die entsprechenden Nachteile tragen muss[200], ist auch bei der tatsächlichen Vertretung die

195 Der entsprechende § 831 BGB wird von namhaften deutschen Autoren als Zurechnungsgrundlage herangezogen: Westermann § 14 3 und JuS 1961 79; Soergel/Schultze-v.Lasaulx § 166 N. 16; Baur, Lehrbuch des Sachenrechts (1977) § 5 II 1 S. 35.

196 Stark Vor. Art. 938-40 N. 7; Raiser JZ 1961 27; siehe dagegen Homberger Art. 938 N. 3.

197 Zur Begründung der Haftung des Geschäftsherrn ist weder ein Verschulden des Geschäftsherrn noch der Hilfsperson nötig; Kausalhaftung, Portmann 75; Oftinger II 1 147 f.

198 Siehe dazu die in § 7 N. 6 zitierten Autoren. Das BGer stellt z.B. in BGE 31 II 381 lediglich fest, dass das OR die in § 166 BGB zusammengefassten Grundsätze nicht formuliert habe, weil sie selbstverständlich seien.

199 z.B. Oser/Schönenberger Art. 32 N. 29.

200 Raiser JZ 1961 27.

Wissenszurechnung eine Folge dieses Prinzips der arbeitsteiligen Persönlichkeitserweiterung[201].

Sowohl der Vertretene als auch der Besitzherr profitieren vom Einsatz einer Hilfsperson, und es ist nur billig, wenn sie sich neben den aus der Vergrösserung des Aktionsradius entstehenden Vorteilen auch gewisse Nachteile anrechnen lassen müssen; oder um die Worte Raisers zu übernehmen: "Wer sich im Rechtsverkehr fremder Hilfe bedient und die Wirkung fremden Handelns für sich in Anspruch nimmt, muss auch die Nachteile daraus in Kauf nehmen und darf sich nicht der eigenen sauberen Hände rühmen, wenn andere sie sich für ihn schmutzig gemacht haben[202]."

b) Der gutgläubige Eigentumserwerb Art. 933 ZGB / § 932 BGB

Eigentum an beweglichen Sachen wird durch die Einigung, dass das Eigentum übergehen soll (sog. dinglicher Vertrag) und die Übergabe (Tradition) übertragen[203]. Der erste Rechtsakt ist ein Rechtsgeschäft. Wird dieser von einem Stellvertreter vorgenommen, so muss sich der Prinzipal beim Erwerb vom Nichteigentümer ohne Zweifel die Kenntnis von massgeblichen Umständen (i.e. Nichtberechtigung des Veräusserers) anrechnen lassen. Wie steht es aber mit der Kenntnis einer weiteren Hilfsperson, die die Ware entgegennimmt, den Besitz begründet, m.a.W. den zweiten Rechtsakt, die Tradition, vollzieht[204]? Häufig wird angenommen, es komme in solchen Fällen nur auf die beim rechtsgeschäftlichen Akt handelnde Person an[205].

Gegen diese Auffassung spricht grundsätzlich folgendes: Als Zeitpunkt für den guten Glauben ist der Übergang des dinglichen Rechts massgebend[206], was in den meisten Fällen der Zeitpunkt der Besitzübertragung ist. Mit der Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache durch den Besitzdiener hat der Besitzherr aber den Besitz erworben, er *ist* Besitzer, was zur Folge hat, dass eine nachträgliche Kenntnis von der Nichtberechtigung des

201 Raiser JZ 1961 27; siehe auch Oldenbourg 14 ff.; Rabe 77 ff.; Richardi AcP 169 397, 402; BGHZ 41 17 ff.

202 Raiser JZ 1961 27. Siehe im übrigen auch hinten 3., v.a. N. 228.

203 Statt aller, Karl Oftinger, Von der Eigentumsübertragung an Fahrnis, Diss. Bern 1933 25 ff.; gegen die Figur des dinglichen Vertrags, Haab/Simonius/Scherrer Art. 714 N. 35 ff.

204 Für einen Betrieb wird Eigentum an Fahrnis häufig so erlangt, dass ein Stellvertreter (oder Organ) den obligationsrechtlichen Vertrag abschliesst (z.B. Kaufvertrag), sich über den Übergang des Eigentums einigt und eine Hilfsperson (Besitzdiener) die Sache entgegennimmt, in den Herrschaftsbereich des Unternehmens einführt.

205 Soergel/Schultze-v.Lasaulx § 166 N. 16; Baur (zit. N. 195) § 52 II 2 S. 470; Westermann § 46 3a S. 228; RGZ 137 23.

206 Jäggi Art. 3 N. 131; Stark Art. 933 N. 79; Soergel/Mühl § 932 N. 10.

Veräusserers z.B. durch den die Einigung erzielt habenden Stellvertreter, irrelevant ist (mala fides superveniens non nocet). Würde man auf den Zeitpunkt der späteren Kenntnisnahme (vom Erwerb) durch den rechtsgeschäftlichen Stellvertreter abstellen, so käme man zum bereits vorne[207] abgelehnten "schwebenden Eigentumserwerb"[208,209].

Hat aber die nachträgliche Kenntnis von der Nichtberechtigung des Veräusserers, die auf einer späteren Besichtigung der Ware beruht, keine rechtliche Bedeutung mehr, nachdem die Sache bereits (durch den Besitzdiener) in den Herrschaftsbereich des Betriebs(herrn) eingefügt worden war, so muss sich der Geschäftsherr i.S. eines billigen Ausgleichs die Bösgläubigkeit zumindest derjenigen Hilfsperson anrechnen lassen, die durch die Entgegennahme der Ware überhaupt in die Lage versetzt wird, Merkmale zu erkennen, die auf das Eigentumsrecht eines Dritten hinweisen[210]. Würde man nur auf die Bewusstseinslage des rechtsgeschäftlichen Stellvertreters abstellen, so könnte eine Firma ohne Rechtsnachteil unterschlagene Ware kaufen und weiter veräussern, wenn der Rechtsmangel lediglich bei Besichtigung feststellbar wäre und der erwähnte Stellvertreter die Ware erst viel später, oder überhaupt nie zu Gesicht bekäme. Im übrigen würde es nicht sehr sinnvoll erscheinen, wenn man – wie gewisse deutsche Autoren[211] – die Bösgläubigkeit des Besitzdieners dem Besitzer nur dort anrechnen würde, wo es um die Gestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen Eigentümer und Besitzer (Art. 940 ZGB), nicht aber, wo es um den Eigentumserwerb (Art. 933 ZGB) geht. Gutgläubiger Besitzerwerb kann in Art. 933 ZGB nicht anders behandelt werden als in Art. 938 ff. ZGB[212].

207 Siehe S. 106 f.

208 Ebenso Wetzel 73; für die rechtsgeschäftliche Stellvertretung Müller-Freienfels 415 f.; dagegen BGHZ 16 264; Hoche JuS 1961 77.

209 Angenommen ein gutgläubiger Stellvertreter will für seine Firma eine Sache erwerben. Da im Rahmen der Einigungserklärung seine Bewusstseinslage nach Stellvertretungsgrundsätzen massgebend ist, wäre die Firma zunächst als gutgläubig anzusehen, weshalb das Eigentum vorerst übergehen würde. Soll nun später, nachdem dem Vertreter bei einer Lagerbesichtigung die Nichtberechtigung des Veräusserers aufgefallen war, der Übereignungstatbestand nachträglich wieder entfallen?

210 Siehe dazu hinten bei N. 221.

211 Die in N. 205 zitierten Autoren wollen die Bewusstseinslage des Besitzdieners nur im Rahmen von § 990 BGB (Art. 940 ZGB) dem Besitzherrn anrechnen lassen, nicht aber bei § 932 BGB (Art. 933 ZGB); wie hier Wetzel 22 N. 2, 52 N. 2; Rabe 145.

212 Die Frage der Wissenszurechnung ist ja sicher nicht anders zu beantworten, ob der Werkmeister eines Eisenverhüttungswerkes bösgläubig die gestohlenen Maschinenteile entgegennimmt und einlagert, oder ob er sie sofort einschmelzt. Der Unternehmer wird nicht Eigentümer der Maschinenteile und muss diese herausgeben (Art. 936 ZGB). Bei Unmöglichkeit hat er den Schaden zu ersetzen (Art. 940 ZGB). (Beispiel in Anlehnung an RG in Seuff. Arch. 79 Nr. 186).

Kommt man somit zum Schluss, dass sich der Besitzherr die Bösgläubigkeit seiner Besitzdiener grundsätzlich anrechnen lassen muss[213,214], so taucht aber sogleich die Frage auf, ob hier eine Wissenszurechnung im vollen Umfang angebracht sei, oder ob nicht gewisse Einschränkungen gemacht werden müssen. Die deutsche Literatur und Rechtsprechung sträubt sich denn auch, die Kenntnis jedes Besitzdieners dem Besitzherrn anzurechnen[215]. Die eine Gruppe versucht den Kreis dieser Hilfsperson einzuschränken, indem sie § 831 BGB (Art. 55 OR) analog auf den vorliegenden Tatbestand anwendet und damit dem Besitzherrn einen Befreiungsbeweis zubilligt[216]. Nachdem ich mich bereits vorne grundsätzlich gegen die Anwendbarkeit von Art. 55 OR beim Besitzerwerb durch eine Hilfsperson gewandt habe, kann ich meine Ansicht mit folgenden Erwägungen nur noch bekräftigen: Wenn ein Angestellter mit Vertretungsmacht, der auch die Position eines Besitzdieners inne hat[217], eine Sache für seinen Geschäftsherrn kauft, so erlangt dieser Eigentum an der Sache nach Art. 933 ZGB kraft guten Glaubens nur, wenn der Angestellte gutgläubig ist. Die für die rechtsgeschäftliche Stellvertretung gefundenen Grundsätze finden hier Anwendung, da die Einigung beim Eigentumserwerb Willenserklärungen voraussetzt. Weiss nun der Angestellte, dass der Veräusserer nicht berechtigt ist, so muss der Geschäftsherr sich die Bösgläubigkeit des Angestellten entgegenhalten lassen, mit der Wirkung, dass er kein Eigentum erlangt, mag er auch den Angestellten noch so sorgfältig ausgewählt haben[218]. Veräussert aber der Geschäftsherr die fremde Sache, so kommen zweifellos die Art. 938 ff. ZGB zur Anwendung. Würde man nun hier im Bereich von Art. 938 ff. ZGB Art. 55 OR analog heranziehen, so könnte sich der Geschäftsherr, obwohl ihm beim *Eigentumserwerb* die Bösgläubigkeit des

213 Wetzel 68; Reinhardt 124 f.; Richardi AcP 169 392 f.; Flume § 52 II 6 N. 42; Rabe 170 f.

214 Da die Kenntnis von der Mangelhaftigkeit der Ware nicht nur beim Kaufvertrag (Art. 200 OR), sondern auch bei der Entgegennahme der Leistung, der Erfüllung des Schuldverhältnisses, eine Rolle spielt (Art. 201 OR), und man die Erfüllung nicht als Rechtsgeschäft, sondern als tatsächlichen Tilgungsakt (Realakt) betrachtet, so muss sich der Käufer grundsätzlich auch hier die Kenntnis von der Mangelhaftigkeit der Ware seiner "Besitzdiener" anrechnen lassen; siehe dazu Richardi AcP 169 391.

215 z.B. BGHZ 32 56: "Mit Recht hat deshalb der IV. Zivilsenat des BGH (BGHZ 16 259) angenommen, dass nicht in jedem Falle das Wissen des Besitzdieners dem Besitzherrn zuzurechnen sei."

216 Soergel/Schultze-v.Lasaulx § 166 N. 16; Baur (zit. N. 195) § 5 II 1 S. 35; Westermann § 14 3, ders. JuS 1961 82.

217 Da eine Stellvertretung bei der Übergabe nicht in Betracht kommt, muss bei der Übereignung an einen Stellvertreter dieser entweder als Besitzdiener oder als Besitzmittler den Besitz erlangen, damit das Eigentum an den Erwerber übergehen kann.

218 Der Gedanke einer Befreiungsmöglichkeit des Vertretenen wurde für den vorliegenden Tatbestand nie geäussert, siehe dagegen die h.M. § 7 N. 6, 13 und § 166 BGB.

Angestellten wie eine eigene zugerechnet wird, darauf berufen, er sei von *Haftung* frei, da er sich für den Eigentümer habe halten und deshalb als verfügungsberechtigt habe ansehen dürfen[219]. Hier zeigt sich eindrücklich, dass es nicht angeht, unterschiedliche Voraussetzungen für den bösen Glauben aufzustellen, je nachdem es sich um die Wirksamkeit des Eigentumserwerbs oder um die Gestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen Eigentümer und Besitzer handelt[220].

Eine weitere Gruppe von deutschen Autoren versucht auf andere Art die Wissenszurechnung des Besitzdieners einzuschränken. Sie geht grundsätzlich davon aus, dass der Besitzerwerb, obwohl nicht auf dem Weg eines Rechtsgeschäftes erlangt, im Element der Gut- bzw. Bösgläubigkeit doch die Fähigkeit erfordert, sich die rechte Vorstellung von einem Rechtsverhältnis zu machen, auf das sich das Kennen oder Kennenmüssen bezieht. Ein gewisses Mass an Geschäftsfähigkeit ist daher auch für diesen Akt vorausgesetzt[221]. Nachdem im rechtsgeschäftlichen Bereich für die Wissenszurechnung grundsätzlich Vertretungsmacht gefordert wird, das Tatbestandselement "Kenntnis von gewissen Umständen" aber bei Tathandlungen das selbe ist wie bei Rechtsgeschäften, so muss angenommen werden, dass nur das Wissen desjenigen Besitzdieners dem Besitzherrn zugerechnet werden kann, der beim Besitzerwerb eine ähnliche Stellung einnimmt wie der Stellvertreter beim Rechtsgeschäft[222]. Dieser Grundgedanke scheint z.B. in den Begründungen der BGH-Rechtsprechung durch, wo es heisst, dass der Besitzherr sich die Bösgläubigkeit des Besitzdieners nur anrechnen lassen muss, wenn dessen Verhalten mittelbar auf seinem eigenen Verhalten beruht, der Besitzherr also, ähnlich wie im Falle der Stellvertretung der Vertretene durch seine Vollmacht, die Voraussetzung dafür geschaffen hat, dass der Besitzdiener zugunsten des Besitzherrn tätig geworden ist[223]. Auch Raiser schränkt die Zurechnung auf jene Gehilfen ein, die wie ein rechtsgeschäftlicher Vertreter nicht in einen schematischen Organisationsablauf starr eingegliedert, vielmehr im "Rahmen einer zur freien Entscheidung zugewiesenen

219 Siehe BGHZ 32 59 f.

220 Ebenso Wetzel 52; Rabe 145; Reinhardt 121; Richardi AcP 169 392.

221 Reinhardt 120.

222 Dabei darf jedoch nicht wieder in die hier bekämpfte Meinung verfallen werden, die Zurechnung der Kenntnis hänge vom formalen Kriterium der Vollmacht ab.

223 BGHZ 16 264; 32 57.

Tätigkeit" selbständig zu handeln berufen sind[224,225]. Wann ein Besitzherr die Kenntnis seines Besitzdieners sich anrechnen lassen muss, kann nur von Fall zu Fall an Hand der konkreten Sachlage entschieden werden. Hier liegt die Aufgabe der Rechtsprechung. Der Hinweis, entscheidend sei, dass mit Rücksicht auf die Beziehung zwischen Besitzherr und Besitzdiener eine Sachlage bestehe, die so sehr dem Fall eigener Bösgläubigkeit des Besitzherrn entspricht, dass eine gleiche Beurteilung zur Vermeidung von Unbilligkeit erforderlich sei[226], dürfte dabei als Leitgedanke dienen.

3. Bei sogenannten reinen Wissenstatbeständen

Wie bereits mehrfach erwähnt, hat die Kenntnis von bestimmten Umständen nicht nur rechtliche Bedeutung in Verbindung mit einem Rechtsgeschäft oder einer Tathandlung, sondern führt bereits alleine Rechtsfolgen herbei, ist somit ein selbständiger Tatbestand[227]. Treten z.B. in einem Betrieb bei einer gekauften Ware Mängel i.S. von Art. 201 Abs. 3 OR auf, so kann es von entscheidender Bedeutung sein, wessen Kenntnis sich der Betriebsherr bezüglich solcher Mängel anrechnen lassen muss, gilt doch bei verspäteter Anzeige die Ware als genehmigt[228].

Im Anschluss an die von Hans Möller speziell für den Versicherungsvertrag gemachten Untersuchungen[229] darf allgemein bei reinen Wissenstatbeständen angenommen werden, dass der Vertretene sich die Kenntnis seiner Hilfsperson anzurechnen habe, wenn er sie zu seinem Wissensvertreter bestellt hat[230]. Aber auch bei Möller erfährt man nur wenig darüber, wer als

224 Raiser JZ 1961 27, ähnlich bereits in Wolff/Raiser 45; zustimmend Richardi AcP 169 402 N. 84.

225 Auch im Rahmen von Art. 201 OR (siehe N. 214) muss sich der Käufer nicht schon als wissend behandeln lassen, wenn irgendeine rein mechanisch handelnde Hilfsperson die Mängel kennt. Andererseits muss die Vertretungsmacht dieser Hilfsperson auch nicht so weit gehen, dass sie die Ware selbständig für den Betriebsherrn hätte erwerben können. Der Käufer muss sich die massgebliche Kenntnis seines "Besitzdieners" in diesem Zusammenhang nur anrechnen lassen, wenn er diesen damit betraut hat, die Kaufsache in eigener Verantwortung entgegenzunehmen.

226 BGHZ 32 57.

227 Dies ist u.a. bei Art. 60, 67 und Art. 201 Abs. 3 OR und bei Art. 30 und 38 VVG der Fall. Siehe dazu auch Wetzel 41 ff.

228 Blosses Wissen ist auch im Bereich von Art. 940 ZGB relevant, nämlich dann, wenn der Besitzer bzw. sein Besitzdiener nach der Besitzbegründung feststellt, dass es sich bei der erworbenen Ware um eine abhandengekommene Sache (Art. 934 ZGB) handelt. Vgl. auch die interessante Entscheidung BGHZ 41 17 ff.

229 Möller 5 ff.

230 Siehe dazu vorne S. 3 ff., im speziellen RGZ 101 402

Wissensvertreter anzusehen ist, welche Voraussetzungen für eine Wissensvertretung gegeben sein müssen[231]. Zweifellos ist die Kenntnis untergeordneter Hilfspersonen, die rein technische Arbeitsleistungen erbringen (z.B. Fliessbandarbeiter) auch vorliegend für den Vertretenen irrelevant. Anderseits fällt das Merkmal "rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht" als entscheidendes Abgrenzungskriterium auch hier dahin, da für die Erfüllung dieser Tatbestände keine Willenserklärung nötig ist[232]. Dennoch wird mit Richardi allgemein gefordert werden müssen, dass sich der Geschäftsherr (ebenso wie bei Tathandlungen) bei blossen Wissenstatbeständen nur die Kenntnis derjenigen Hilfspersonen anrechnen lassen muss, denen er die Angelegenheit, in deren Rahmen die fragliche Kenntnis rechtserheblich ist, zur selbständigen Besorgung überlassen hat[233]. Im übrigen haben m.E. seine am Ende seines Aufsatzes "Die Wissensvertretung" (AcP 169 385 ff.) gemachten Schlussfolgerungen auch generell Gültigkeit für das schweizerische Recht: "Wenn jemand einen andern mit der Erledigung bestimmter Angelegenheiten in eigener Verantwortung betraut, muss er sich das in ihrem Rahmen erlangte Wissen des andern zurechnen lassen. Voraussetzung ist also, dass die Person den Geschäftsherrn in ähnlicher Weise repräsentiert wie ein rechtsgeschäftlicher Stellvertreter bei der Vornahme von Rechtsgeschäften. Wissensvertreter kann daher grundsätzlich nur sein, wer mit Wissen und Wollen des Geschäftsherrn die rechtserhebliche Kenntnis haben und erlangen kann. Nicht erforderlich ist aber, dass er zum Wissensvertreter bestellt wird; denn für die Wissensvertretung kommt es nicht darauf an, dass der Geschäftsherr sie gewollt hat. Sie tritt ohne Rücksicht auf seinen Willen ein, wenn der Geschäftsherr sich arbeitsteilig am Rechtsverkehr beteiligt."

231 Er begnügt sich mit der Feststellung, dass sich im Einzelfall leicht klären lasse, ob und in welchem Umfang jemand vom Versicherungsnehmer zum "Wissensvertreter" bestellt sei, Möller 11, ders. in Bruck-Möller § 6 N. 82.

232 Sogar die Kenntnis des rechtsgeschäftlichen Stellvertreters ist bei den vorliegenden Wissenstatbeständen nicht immer relevant. Nach deutscher Lehre und Rechtsprechung (Kraft in RGRK-BGB § 852 N. 6; BGH in NJW 1968 988) erzeugt die Kenntnis des Vertreters z.B. im Rahmen von § 852 BGB (Art. 60 OR) grundsätzlich keine Rechtsfolgen, es kommt vielmehr allein auf die Kenntnis des Geschädigten an; siehe dagegen BGE 45 II 331: "Da das Wissen des Vertreters als eigenes Wissen Grebners zu gelten hat, lief somit die ordentliche einjährige Verjährungsfrist des Art. 69 Abs. 1 altOR von diesem Zeitpunkt an."

233 Unter diesen Bedingungen wird auch im deutschen Recht die Kenntnis einer Hilfsperson dem Verletzten zugerechnet, BGH in NJW 1968 988: "Beauftragt aber der Geschädigte einen Dritten damit, die erforderlichen Tatsachenfeststellungen vorzunehmen, so bestellt er diesen Dritten gewissermassen zu seinem Wissensvertreter und handelt arglistig, wenn er sich dem Schädiger gegenüber darauf beruft, sein Beauftragter habe die gewonnene Tatsachenkenntnis an ihn nicht weitergegeben. Der Geschädigte muss daher im Hinblick auf die Verjährung die Tatsachenkenntnis seines Wissensvertreters gegen sich gelten lassen, auch wenn sie ihm nicht übermittelt worden ist."

III. Zusammenfassung

Die bisherigen Untersuchungen haben gezeigt, dass der Grundsatz: "Das Wissen der Organmitglieder ist das Wissen der juristischen Person", eine nichtssagende Floskel ist. Neben der falschen Assoziation, dass das Wissen jedes einzelnen Organmitgliedes Wissen der juristischen Person sei, kann diese Formel auch den Eindruck erwecken, allein das Wissen der Organvertreter sei für die juristische Person relevant. Nun hat sich aber herausgestellt, dass für Rechtsgeschäfte, Besitzerwerb etc. von juristischen Personen gar nicht die Kenntnis von Organmitgliedern, sondern in den meisten Fällen die Kenntnis von rechtsgeschäftlichen Stellvertretern und weiteren Hilfspersonen im Vordergrund steht. Grundsätzlich kann das Wissen jeder Hilfsperson im Rahmen ihrer spezifischen Aufgabe für die juristische Person von Bedeutung sein. Der Kenntnis eines Organmitgliedes kommt denn auch bei der Vornahme eines Rechtsgeschäftes oder der Besitzbegründung keine andere Bedeutung zu als der Kenntnis eines rechtsgeschäftlichen Stellvertreters bei der Vornahme eines Rechtsgeschäftes bzw. des Besitzdieners bei der Besitzannahme. Jedesmal hat die juristische Person die entsprechende Kenntnis zu vertreten.

Hat sich somit gezeigt, dass das Wissen von Hilfspersonen in den "delegierbaren Bereichen" in gleichem Masse für die juristische Person relevant sein kann wie dasjenige der Organvertreter selbst, so stellt sich noch die Frage, ob und inwieweit das Wissen der Organmitglieder im spezifisch organschaftlichen Sektor, d.h. dort, wo das Gesetz den Organmitgliedern eine exklusive Position zugewiesen hat, für die juristische Person relevant ist. Im anschliessenden Kapitel werde ich deshalb noch kurz die Bedeutung des Wissens von Organmitgliedern im Rahmen der schuldrechtlichen Haftungsbestimmungen (Art. 41 OR) und der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsbestimmungen (Art. 754 OR, mit Einschluss von Art. 753 OR) untersuchen.

4. Teil

§ 10 Die Bedeutung des Wissens von Organmitgliedern im Rahmen der schuldrechtlichen Haftungsbestimmungen (Art. 41 OR)

Der Zustand des Wissens als rechtlich relevante Tatsache hat im Bereich der schuldrechtlichen Haftungsbestimmungen nur eine untergeordnete Bedeutung. Das Wissen des Schädigers spielt lediglich bezüglich der Qualifikation der unerlaubten Handlung, ob diese absichtlich oder fahrlässig erfolgte, eine Rolle[1].

Gemäss Art. 55 Abs. 2 ZGB wird der juristischen Person die zivilrechtliche Deliktsfähigkeit insofern zuerkannt, als die unerlaubten Handlungen ihrer Organe ihr als eigene zugerechnet werden. Begeht mit anderen Worten ein Organmitglied in Ausführung der geschäftlichen Verrichtung ein Delikt, so haftet dafür (auch) die juristische Person. Demnach müssen die Voraussetzungen, von denen Art. 41 OR die Entstehung einer Schadenersatzpflicht abhängig macht, in der Person eines Organmitgliedes verwirklicht sein, d.h. ein Organmitglied muss schuldhaft und widerrechtlich einen Schaden verursacht haben, damit die juristische Person für den Schaden einzustehen hat[2]. Bei der Frage nach der Qualifikation des Verschuldens der juristischen Person, ob ihr Handeln auf Fahrlässigkeit oder auf Absicht beruhe, muss somit auf die Bewusstseinslage des handelnden Organmitgliedes abgestellt werden. In diesem Sinne erlangt die Kenntnis (der Pflichtwidrigkeit)[3] bzw. die fahrlässige Unkenntnis des handelnden Organmitgliedes rechtliche Bedeutung für die juristische Person.

Neben natürlichen können auch juristische Personen Geschäftsherren i.S. von Art. 55 OR sein[4], wobei diesen selbstverständlich auch der spezifische Befreiungsbeweis zusteht. Die Korporation kann diesen Beweis nur so erbringen, indem sie nachweist, dass ihre Organvertreter alle nach den Umständen erforderliche Sorgfalt der Auswahl, Instruktion und Überwachung aufgewendet haben. Auch in diesem Zusammenhang wird letzten Endes das ganze Verhalten der Organmitglieder der juristischen Person als eigenes Verhalten angerechnet[5,6], so zum Beispiel auch deren Kenntnis bzw.

1 Siehe vorne S. 20 f.
2 Portmann 37.
3 Absicht ist das Wollen des Erfolges in Kenntnis der Pflichtwidrigkeit, siehe vorne § 3 N. 43.
4 Statt aller, Oftinger II 1 104; Portmann 40, 63.
5 Portmann 40 mit Zitaten.
6 Die Bewusstseinslage der Hilfsperson, ob diese absichtlich oder fahrlässig den Dritten geschädigt hat, bleibt dagegen irrelevant. Zur Begründung der Haftung nach Art. 55 OR ist ein Verschulden der Hilfsperson ebensowenig Voraussetzung wie ein Verschulden des Geschäftsherrn; statt aller, Oftinger II 1 99, 148; Portmann 75.

fahrlässige Unkenntnis von der ungenügenden Qualifikation der Hilfsperson für eine bestimmte Aufgabe, oder von deren widerrechtlichen Schädigung eines Dritten. Somit kann sich die juristische Person nur von ihrer Haftpflicht befreien, wenn sie – im Anschluss an die beiden Beispiele – dem Geschädigten entgegenzuhalten vermag, sie, d.h. ihre Organvertreter, hätte von der schlechten Qualifikation bzw. von der schädigenden Handlung der Hilfsperson nichts gewusst und im konkreten Fall auch nichts wissen müssen[7].

Die Möglichkeit der Haftungsbefreiung entfällt dagegen für die juristische Person, wenn ein Organmitglied einen Dritten widerrechtlich schädigt. Eine Korporation kann dem Geschädigten nie entgegenhalten, sie habe von den unerlaubten Machenschaften ihres Organmitgliedes nichts gewusst und könne deshalb für den entstandenen Schaden nicht haftbar gemacht werden. Gemäss Art. 55 Abs. 2 ZGB wird ja wie erwähnt die unerlaubte Handlung eines Organmitgliedes der juristischen Person als eigene Handlung zugerechnet; es ist eigentlich ihre Handlung, für die sie auch die Verantwortung trägt. Unter der Voraussetzung, dass die unerlaubte Handlung des Organmitgliedes in Ausübung geschäftlicher Verrichtungen vorgenommen wird, wird diese Handlung – auch im Falle einer Umgehung von internen Weisungen, ja sogar bei bewusster Irreführung der anderen Organmitglieder – der juristischen Person direkt zugerechnet, und sie hat für den entstandenen Schaden einzustehen. Der Kenntnisstand der übrigen Organmitglieder ist in diesem Zusammenhang ohne jede Bedeutung[8,9].

Da die Haftung der juristischen Person wie erwähnt rechtlich so konstruiert ist, dass ihr die unerlaubten Organhandlungen als eigene zugerechnet werden, dass ihre Haftung m.a.W. von der Erfüllung der Haftungsvoraussetzungen durch einen Organvertreter abhängt, folgt zwangsläufig, dass die juristische Person nicht haftet, wenn ein Verschulden des Organmitgliedes mangels Schuldfähigkeit fehlt[10]. Ausnahmsweise dürfte aber in einem solchen Falle das Wissen eines Organmitgliedes vom schädigenden Verhalten eines unzurechnungsfähigen Kollegen als haftungsbegründender Umstand für die juristische Person relevant sein[11].

7 m.a.W., sie habe alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet.

8 Siehe auch BGE 99 Ib 514 f. = Pra 63 Nr. 144.

9 Selbstverständlich bleibt die Unkenntnis der weiteren Organmitglieder für eine juristische Person auch unbeachtlich, wenn ein Organvertreter bzw. eine Hilfsperson (siehe Art. 101 Abs. 1 OR) einen Dritten im Rahmen eines Rechtsgeschäftes (bei Vertragserfüllung) schädigt.

10 Siehe dazu Portmann 37 ff.

11 So wohl auch Portmann 40.

§ 11 Die Bedeutung des Wissens der Gründer und Organmitglieder im Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit (Art. 753 ff. OR)

Die bei der Gründung einer AG beteiligten Personen werden der Gesellschaft, den einzelnen Aktionären und den Gesellschaftsgläubigern unter anderem dann schadenersetzpflichtig, wenn sie absichtlich oder fahrlässig dazu beitragen, dass Sacheinlagen in den Statuten unrichtig oder unvollständig angegeben werden oder die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister auf Grund einer Bescheinigung oder Urkunde erfolgt, die unrichtige Angaben enthält (Art. 753 Ziff. 1 und 2 OR). Ebenso sind alle mit der Verwaltung, Geschäftsführung und Kontrolle betrauten Personen der Gesellschaft, den einzelnen Aktionären und den Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige[1] Verletzung der ihnen obliegenden Pflichten verursachen (Art. 754 Abs. 1 OR). Sind mehrere Personen für den selben Schaden verantwortlich, so haften sie solidarisch (Art. 759 Abs. 1 OR).

Wie wir im vorangehenden Paragraphen gesehen haben, verändert die Tatsache, dass ein Organmitglied von einer schädigenden Handlung eines andern Organmitgliedes gegenüber einem Dritten weiss oder nicht weiss, die Position des geschädigten Dritten in keiner Weise. Die AG hat in beiden Fällen für den entstandenen Schaden aufzukommen.

Hier stellt sich nun noch die andere Frage, ob nicht in einem Verantwortlichkeitsprozess der Gesellschaft gegen ein Organmitglied (bzw. Gründer) dieses aus dem Wissen eines oder mehrerer anderer Organmitglieder (bzw. Gründer)[2] um seine unlauteren Machenschaften etwas für sich herleiten kann. Einerseits ist zu untersuchen, ob das blosse Wissen eines andern Organmitgliedes von den unsauberen Machenschaften seines Kollegen bereits einen Umstand darstellt, der (auch) seine persönliche Haftung begründet (I) und ob dieses Wissen im Sinne eines Drittverschuldens die Haftung des handelnden Organmitgliedes reduziert (II). Anderseits ist abzuklären, ob dieses Wissen eines andern Organmitgliedes bzw. aller übrigen Organmitglieder nicht der Gesellschaft als Selbstverschulden und somit als Reduktionsgrund angerechnet (III) oder gar als Einwilligung der Gesellschaft qualifiziert werden muss (IV). Zuletzt wenden wir uns noch der Frage zu, wann die Verjährungsfrist zu laufen beginnt (Art. 760 OR), wenn die Gesellschaft gegen ein ungetreues Organmitglied vorgeht (V).

1 Erst seit der Aktienrechtsrevision des Jahres 1936 wird auch für fahrlässige Pflichtverletzung gegenüber Gesellschaftsgläubigern und einzelnen Aktionären gehaftet, siehe noch Art. 674 altOR; vgl. auch Art. 753 revOR gegenüber Art. 671 altOR.

2 Da die vorliegend interessierenden Fragen für die Gründerhaftung (Art. 753 OR) wie für die Haftung aus Geschäftsführung (Art. 754 OR) weitgehend die gleichen sind, können wir

I. Die Verantwortlichkeit des wissenden Gründers bzw. Organmitgliedes

Die Verantwortlichkeit aus Art. 753 und Art. 754 OR gehört dem Bereich der Verschuldenshaftung an. Demnach kann nur Ersatz des eingetretenen Schadens verlangt werden, wenn Widerrechtlichkeit und Verschulden vorliegen und ferner zwischen dem widerrechtlichen Handeln oder Unterlassen und dem Schaden ein adäquater Kausalzusammenhang besteht.

Wenn zum Beispiel das Organmitglied A seiner Gesellschaft ohne Gegenleistung Gelder entzieht[3], oder hochspekulative Aktienkäufe tätigt[4], so sind die Voraussetzungen der persönlichen Verantwortlichkeit zweifellos erfüllt und A wird demzufolge der Gesellschaft für den entstandenen Schaden verantwortlich. Erfüllt nun aber das Organmitglied B, das von diesen Machenschaften lediglich Kenntnis hat, ebenfalls die erwähnten Voraussetzungen der persönlichen Haftbarkeit? Dieser Frage sei im folgenden kurz nachgegangen.

1. Widerrechtlichkeit liegt bekanntlich immer dann vor, wenn ein Verstoss gegen eine Rechtspflicht erfolgt[5].

Die Pflichten der Organmitglieder sind im Gesetz, in den Statuten und allfälligen Reglementen verankert[6]. Im Vordergrund steht sicherlich die allgemeine Sorgfaltspflicht, die sich für Verwaltung und Geschäftsführung aus Art. 722 Abs. 1 OR ergibt. Wenn es dort heisst, dass die Verwaltung die Geschäfte der Gesellschaft mit aller Sorgfalt zu leiten hat, so verletzt das Organmitglied B zweifellos seine Pflicht gegenüber der Gesellschaft, wenn es trotz Kenntnis der unlauteren Machenschaften des Kollegen A nicht einschreitet und diesen ungehindert gewähren lässt. Die allgemeine Überwachungspflicht (Art. 722 Abs. 2 Ziff. 3 OR) kann sogar so weit führen, dass ein Organmitglied verpflichtet ist, sich die Kenntnis von schädigenden Handlungen durch einen Kollegen zu verschaffen. Da jedoch die Verwaltung in einem erheblichen Masse delegationsberechtigt ist[7], muss im konkreten Fall geprüft werden, ob effektiv eine Rechtspflicht vorlag und ob sie auch vernachlässigt worden ist. Werden nämlich von der Verwaltung delegierbare

davon absehen, die Gründer jedesmal noch ausdrücklich zu erwähnen. Die für die Haftung aus Geschäftsführung erarbeiteten Resultate haben deshalb – soweit nicht speziell hervorgehoben – auch Gültigkeit für die Gründerhaftung.

3 BGE 90 II 490 = Pra. 54 Nr. 59.

4 BGE 99 II 176.

5 Objektive Widerrechtlichkeit (herrschende Theorie) ist ein Verstoss gegen Normen, die direkt oder indirekt Schädigungen untersagen, m.a.W. dem Rechtsgenossen ein Schädigungen vermeidendes Verhalten vorschreiben; statt aller, Oftinger I 128.

6 Siehe Art. 722 Abs. 2 Ziff. 3 OR.

7 Meier-Wehrli 33 ff.; Zellweger 33 f.; Bürgi Art. 717 N. 22 ff., Art. 714 N. 22 ff.

Pflichten in der vom Gesetz vorgeschriebenen Form an einzelne ihrer Mitglieder, an Verwaltungsausschüsse (Art. 714 Abs. 2 OR) oder an Dritte (Art. 717 Abs. 2 OR) übertragen, so untersteht die Verwaltung betreffend der delegierten Bereiche nach h.M. nur noch der Verantwortung für die cura in eligendo, instruendo und custodiendo[8].

Muss einerseits davon ausgegangen werden, dass das Organmitglied B, dem im Rahmen seiner undelegierbaren Überwachungstätigkeit ein die Gesellschaft schädigendes Handeln des Kollegen A zur Kenntnis kommt, seinerseits die Sorgfaltspflicht gegenüber der Gesellschaft verletzt, wenn es A ungehindert gewähren lässt, so stellt sich andererseits die Frage, ob dieses Organmitglied B auch eine Pflichtverletzung begeht, wenn es von einer die Gesellschaft schädigenden Handlung, die im delegierten Bereich begangen wird, Kenntnis erhält und trotzdem nicht interveniert. Auch bei Bejahung dieser Frage widerspricht man m.E. nicht der bekannten Forderung[9], die Haftung der Organmitglieder auf ein vernünftiges, mit dem praktischen Leben in Einklang stehendes objektives Mass zu beschränken. Auch der technische Direktor einer Fabrik, bei der die Aufgaben rechtmässig aufgeteilt worden sind, muss remonstrieren, wenn er von den Verfehlungen des kaufmännischen Direktors weiss.

Es muss demnach das Nicht-Intervenieren eines Organmitgliedes trotz effektiver Kenntnis der Schädigung auch im delegierten Bereich als Verletzung der Sorgfaltspflicht angesehen werden. Bei rechtmässiger Delegation entfällt lediglich die Pflicht, sich von schädigenden Handlungen im delegierten Bereich Kenntnis zu verschaffen[10]. Die tatsächliche Kenntnis von schädigenden Handlungen dagegen verpflichtet sämtliche Organmitglieder in jedem Falle zu intervenieren.

2. Damit die Zufügung eines Schadens zum Ersatz verpflichtet, muss zwischen dem Schaden und dem Tatbestand, an den die Haftbarmachung anknüpfen will, die Beziehung von Ursache und Wirkung bestehen (Kausalzusammenhang)[11]. Da die Heranziehung aller vom naturgesetzlichen und logischen Standpunkt aus vorhandenen Ursachen eines Schadens bei der rechtlichen Behandlung eines Schadensfalles praktisch unmöglich wäre, hat man diejenigen auszusuchen, die am augenscheinlichsten Veranlassung zum Schaden gegeben haben. Haftungsbegründend ist somit nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Ursache, die nach dem gewöhnlichen Lauf der

8 Bürgi Art. 753/54 N. 79; Bär ZBJV 106 485 ff.; Reichwein SJZ 64 132 ff.; Meier-Wehrli 34 f.; Hirsch Sem. jud. 89 (1967) 295.

9 Bürgi Art. 722 N. 3; Schucany Art. 754 N. 2a; Meier-Wehrli 30; siehe schon Prot. Expkom. 449; Botschaft 60.

10 Ähnlich Meier-Wehrli 38f.

11 Statt aller, Oftinger I 70.

Dinge und der allgemeinen Erfahrung geeignet ist, den eingetretenen Erfolg zu bewirken, so dass der Eintritt dieses Erfolges als durch die fragliche Ursache begünstigt erscheint (Adäquanz)[12].

Im Gegensatz zum natürlichen Bereich vermag nach juristischer Auffassung selbst ein negatives Geschehen, eine Unterlassung, die Ursache eines Schadens darzustellen[13]. Die juristische Kausalität der Unterlassung beruht auf dem Gedanken, dass das Nichthindern eines schädlichen Erfolges dem Herbeiführen des Schadens durch positives Handeln in rechtlicher Beziehung gleichzustellen ist. Voraussetzung ist jedoch, dass eine Pflicht zum Handeln besteht.

Soweit vorhin unter 1. die Pflicht eines Organmitgliedes zum Einschreiten gegenüber seinem ungetreuen Kollegen als gegeben angesehen werden musste, muss auch der Kausalzusammenhang zwischen dem eingetretenen Schaden und seiner Unterlassung bejaht werden. Denn es liegt auf der Hand, dass die Verletzung der Interventionspflicht allgemein geeignet ist, den Schaden entstehen zu lassen oder zu dessen Vergrösserung beizutragen.

3. Ein Verschulden liegt dann vor, wenn eine Person eine ihr obliegende Pflicht vorsätzlich oder fahrlässig verletzt. Art. 753 OR zählt die von den Gründern zu wahrenden Pflichten einzeln auf. Dagegen umschreibt das Gesetz die in Art. 754 OR erwähnten Pflichten der geschäftsführenden Personen nur höchst summarisch.

Allgemein ergibt sich aus Art. 722 OR, dass die Aufgabe der Verwaltung in einer umfassenden Leitung der Geschäfte der Gesellschaft besteht. Wie erwähnt beinhaltet diese universelle Leitung unter anderem eine allgemeine Überwachungs- und Aufsichtspflicht gegenüber den die Gesellschaft tatsächlich führenden Personen, und zwar auch dann, wenn diese selber Organmitglieder sind[14]. In unserem Zusammenhang interessiert von den allgemeinen Verwaltungspflichten[15] vor allem die Sorgfaltspflicht, bildet sie doch das Korrelat zur strengen Haftung von Art. 754 OR[16]. Die Verletzung der in Art. 722 Abs. 1 OR erwähnten Sorgfaltspflicht ist denn auch das nach Art. 754 OR haftungsbegründende Verschulden.

Die Sorgfaltspflichtverletzung des nicht direkt an der Schädigung beteiligten Organmitgliedes B kann einmal darin bestehen, dass er von der Schädigung durch das Organmitglied A gar nichts weiss, obwohl er nach den konkreten Umständen davon hätte wissen müssen. Die fahrlässige Verlet-

12 Oftinger I 72 f.; BGE 99 II 182; 93 II 29, 337.

13 Statt aller, Oftinger I 88; v.Tuhr/Peter § 13 I S. 95 f.

14 BGE 97 II 411.

15 Bürgi unterscheidet unter den allgemeinen Verwaltungspflichten die Sorgfaltspflicht, die Treuepflicht und die Geheimhaltungspflicht Art. 722 N. 1 ff.

16 Meier-Wehrli 28 ff.; Zellweger 28; Bürgi Art. 722 N. 3.

zung seiner Überwachungspflicht gereicht B bereits zum persönlichen Verschulden. Kennt B jedoch die schädigenden Machenschaften seines Kollegen A, sei es auf Grund seiner korrekt ausgeübten Überwachungspflicht, sei es auf Grund einer zufälligen Information, so entbindet ihn dies selbstverständlich noch nicht von seiner Verantwortlichkeit, wenn er nicht seiner weiteren Pflicht, unverzüglich zu intervenieren, nachkommt[17]. Das lediglich überwachende Organmitglied B erfüllt somit seine vom Gesetz geforderte Sorgfaltspflicht erst dann korrekt, d.h. haftungsbefreiend, wenn es gegen die voraussichtlichen und bereits erfolgten Schädigungen durch seinen Kollegen A vorgeht. Im ungehinderten Gewährenlassen des A muss eine Einwilligung von Seiten des B in die Schädigung der Gesellschaft gesehen werden, die (auch) ihm als Verschulden angerechnet werden muss.

Die vorangehenden Ausführungen haben gezeigt, dass die eingangs gestellte Frage, ob ein Organmitglied bereits die allgemeinen Voraussetzungen der persönlichen Verantwortlichkeit erfüllt, wenn es von den schädigenden Handlungen seines Kollegen Kenntnis hat, positiv beantwortet werden muss. Dies hat zur Folge, dass das Wissen eines Organmitgliedes um die absichtliche oder fahrlässige Schädigung der Gesellschaft durch ein anderes Organmitglied auch seine Haftung begründet.

Der eigentliche Grund der Haftung liegt jedoch nicht in der Kenntnis als solcher, sondern in der Verletzung der gleichzeitig mit der Kenntnisnahme entstehenden Pflicht, zu intervenieren[18,19,20].

17 Die Pflicht zu intervenieren dürfte im allgemeinen in der Überwachungspflicht bereits enthalten sein, siehe dazu auch Hirsch Sem. jud. 89 261.

18 BGE 97 II 411: “Der Vorinstanz ist daher darin beizupflichten, dass der Beklagte 3 und der Präsident des Verwaltungsrates einzuschreiten hatten, sobald ihnen eine gesetzeswidrige oder gar deliktische Handlung zur Kenntnis kam ...”

19 Bei Verletzung dieser Pflicht wird ein Organmitglied im gleichen Masse verantwortlich, wie der unmittelbare Schädiger. Sein Einwand, seine Ersatzpflicht sei zu beschränken, da er lediglich von den unlauteren Machenschaften Kenntnis gehabt, sich daran aber nicht direkt beteiligt habe, kann nicht gehört werden, da nach Art. 754 OR bereits für leichtes Verschulden gehaftet wird und zwar solidarisch auf den ganzen Betrag (Art. 759 OR).

20 In diesem Zusammenhang ist § 46 AktG (Verantwortlichkeit der Gründer) interessant:

1. Die Gründer sind der Gesellschaft als Gesamtschuldner verantwortlich für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben, die zum Zwecke der Gründung der Gesellschaft über Übernahme der Aktien, Einzahlungen auf die Aktien, Verwendung eingezahlter Beträge, Sondervorteile, Gründungsaufwand, Sacheinlagen und Sachübernahmen gemacht worden sind. Sie sind ferner dafür verantwortlich, ...
2. Wird die Gesellschaft von Gründern durch Einlagen, Sachübernahmen oder Gründungsaufwand vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit geschädigt, so sind ihr alle Gründer als Gesamtschuldner zum Ersatz verpflichtet.
3. Von dieser Verpflichtung ist ein Gründer befreit, wenn er die die Ersatzpflicht begründenden Tatsachen weder kannte noch bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes kennen musste.
4. ...

Zum Verschulden der haftenden Gründer führt Barz in Gross Komm. AktG § 46 N. 19 folgendes aus: “Hat der in Anspruch genommene Gründer die die Ersatzpflicht

Die effektive Kenntnis eines Organmitgliedes von den Verfehlungen seines Kollegen[21] ist jedoch nicht der einzige Umstand, der die Haftung eines nicht an der Schädigung direkt beteiligten Organmitgliedes begründen kann. Dieses Organmitglied setzt sich immer noch dem Vorwurf aus, die unerlaubten Machenschaften hätten ihm bei Anwendung der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt zur Kenntnis kommen müssen[22], es habe es m.a.W. an der nötigen Sorgfaltspflicht in der Überwachung der Geschäftsführung fehlen lassen.

II. Drittverschulden der weiteren Organmitglieder?

Da Drittverschulden grundsätzlich keine Reduktion der Ersatzpflicht erwirken kann[23], steht ausser Zweifel, dass weder ein Gründer noch ein Organmitglied einer Schadenersatzforderung seiner Gesellschaft, eines Aktionärs oder Gläubigers entgegenhalten kann, das Mitwirken eines andern

begründenden Tatsachen gekannt oder hätte er sie bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes kennen müssen, so haftet er der Gesellschaft (Abs. 3). Das bedeutet bei einer Haftung für die Richtigkeit und Vollständigkeit der gemachten Angaben (Abs. 1), dass der in Anspruch genommene Gründer von seiner Haftung nur frei kommt, wenn er die Unrichtigkeit der von ihm oder einem anderen gemachten Angaben nicht gekannt hat und auch nicht erkennen konnte oder wenn ihm die von einem Dritten gemachten unrichtigen Angaben überhaupt unbekannt waren und ihm auch nicht bekannt sein mussten. Bei der vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Schädigung der Gesellschaft durch Sacheinleger usw. kann unter Tatsachen, was hier besonders hervorzuheben ist, nur der objektive Tatbestand, also die Ursache der Schädigung, verstanden werden. Hat ein anderer Gründer diese gekannt oder hätte er sie kennen müssen, so ist er haftbar, auch wenn ihm der Vorsatz oder die grobe Fahrlässigkeit des unmittelbaren Schädigers nicht erkennbar gewesen sein sollte. Er hätte eingreifen und den Schaden verhindern müssen."

21 bzw. die Verletzung der erwähnten Interventionspflicht.

22 BGE 97 II 411 f.; Bürgi Art. 722 N. 3: "Die Pflichten (Sorgfalt) belasten jedes Mitglied der Verwaltung persönlich; durch passives Verhalten kann sich niemand der Verantwortung entziehen, weil die Sorgfaltspflicht auch dadurch verletzt würde."

23 Statt aller, Oftinger I 98 f., 168 f., 281 f.; Guhl/Merz/Kummer § 10 S. 97; Portmann 140; BGE 93 II 322. Das Verhalten des einen Verantwortlichen entlastet den andern dem Geschädigten gegenüber ausnahmsweise nur, wenn es den ursächlichen Zusammenhang zwischen dem Verhalten des andern und dem Schaden als inadäquat erscheinen lässt oder wenn und soweit es das Verschulden des andern mildert (Verschuldenskonnexität).
Für das deutsche Recht: U. Magnus, Drittmitverschulden im deutschen, englischen und französischen Recht, Diss. Heidelberg 1974, S. 21; Soergel/Zeuner § 840 N. 6; RGZ 167 76.

Gründers bzw. Organmitgliedes an der schädigenden Handlung führe zu einer Schadensreduktion gegenüber ihm[24,25].

Ebensowenig vermag der Einwand, ein anderes Organmitglied habe von seinen schädigenden Handlungen gewusst, seine Ersatzpflicht gegenüber dem Geschädigten zu vermindern. Die Kenntnis jenes andern Organmitgliedes würde vielmehr dessen eigene Verantwortlichkeit begründen und es müsste somit solidarisch mit dem handelnden Organmitglied für den entstandenen Schaden aufkommen[26]. Die Schwere des Verschuldens wäre dann im Regress zu berücksichtigen.

Neben der erwähnten solidarischen Haftung gegenüber der Gesellschaft einerseits hat die Kenntnis des Organmitgliedes B von den die Ersatzpflicht des Organmitgliedes A begründenden Tatsachen andererseits für ihn zur Folge, dass er seines Schadenersatzanspruches in einem von ihm als Aktionär gegen A angehobenen Verantwortlichkeitsprozess verlustig geht. Im wissentlichen Gewährenlassen seines Kollegen muss eine stillschweigende Einwilligung bzw. Genehmigung der schädigenden Handlungen durch B gesehen werden. Dadurch verliert aber die Handlungsweise des A ihre Widerrechtlichkeit gegenüber B (volenti non fit iniuria), eine Schadenersatzklage des B wäre rechtsmissbräuchlich (venire contra factum proprium, Art. 2 ZGB). B verliert in einem solchen Falle nicht nur seinen Anspruch gegen A in seiner Eigenschaft als Aktionär, sondern auch als eventueller Gläubiger[27].

III. Selbstverschulden der Gesellschaft?

Kommt bei einer Klage der Gesellschaft gegen einen Gründer oder ein Organmitglied dem persönlichen Verschulden der weiteren Gründer oder Organmitglieder im Sinne eines Drittverschuldens keine Bedeutung als Herabsetzungsgrund zu, so bleibt im weiteren abzuklären, ob dieses selbe Verschulden nicht als Selbstverschulden der Gesellschaft und somit als Reduktionsgrund gemäss Art. 44 OR angesehen werden muss.

Das Bundesgericht hatte in einem neueren Urteil[28] Gelegenheit, sich zu diesem Themenkreis an Hand eines Obergerichtsurteiles zu äussern: D

24 Bär ZBJV 106 474; Hirsch Sem. jud. 89 265; BGE 97 II 415; Schilling in Gross-Komm. AktG § 93 N. 19; Baumbach/Hueck § 93 N. 8; RGZ 144 277; RGZ 148 362: "Die den Beklagten als Mitglied des Aufsichtsrates treffende Haftung wird durch eine Mitverantwortlichkeit des Vorstandes nicht berührt."

25 Auch die belangte Kontrollstelle kann sich gegenüber dem Kläger nicht auf die Mitverantwortlichkeit des Verwaltungsrates berufen, BGer in ZR 75 Nr. 21 S. 78.

26 BGE 99 II 182.

27 BGE 86 II 159: "... sein Wissen und Wollen als Gründer ist ihm auch in seiner Eigenschaft als Gesellschaftsgläubiger entgegenzuhalten."

28 BGE 90 II 490 = Pra. 54 Nr. 59.

bildete zusammen mit A und C eine einfache Gesellschaft. Sie beschlossen, zusammen mit F und Z, die Inhaber einer Garage waren, eine AG zu gründen, in welche einerseits der Garagebetrieb, andererseits die einfache Gesellschaft als Sacheinlage eingebracht wurde. Gestützt auf eine Bilanz von D wurde die einfache Gesellschaft mit Fr. 70 000.– bewertet. Infolge Meinungsverschiedenheiten trat D nach einem halben Jahr als Verwaltungsrat und Direktor zurück. In der Folge belangte ihn die AG gestützt auf die Vorschriften über die Haftung aus Gründung und Geschäftsführung der AG auf Bezahlung von Fr. 25 000.– wegen Überbewertung der als Sacheinlage eingebrachten einfachen Gesellschaft und von Fr. 6 800.– wegen verschiedener Kassenmanki. – Das Kantonsgericht bejahte die Haftung des D, setzte aber den geforderten Schadenersatzbetrag mit Rücksicht auf das Verschulden der anderen Gründer bzw. der übrigen Mitglieder des Verwaltungsrates auf Fr. 18 000.– und Fr. 5 000.– herab. – Das Bundesgericht wies die Berufung des D ab. Die klagende AG legte ihrerseits keine Berufung ein.

Da das schuldhafte Verhalten der (nicht belangten) Organmitglieder bzw. Gründer zweifellos als Umstand angesehen werden muss, der auf die Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens eingewirkt hat (Art. 44 OR), und der Geschädigte (die Gesellschaft) grundsätzlich für deren Verhalten einstehen muss (Art. 55 Abs. 2 ZGB) kann man mit Bättig scheinbar logischerweise zum Schluss kommen, dass das schuldhafte Verhalten anderer Organmitglieder bzw. Gründer der AG als Selbstverschulden zugerechnet werden muss[29]. Dass diese Überlegungen nun aber nicht zutreffen können, zeigt bereits folgendes: Würde man nämlich in letzter Konsequenz das Wissen und Wollen jedes Organmitgliedes oder Gründers der juristischen Person zurechnen, so müsste dies auch für das schuldhafte Verhalten des allein haftpflichtigen Organmitgliedes bzw. Gründers der Fall sein, was dazu führen würde, dass der Schadenersatzanspruch der Gesellschaft um den "Selbstverschuldensanteil" des belangten Organmitgliedes a priori vermindert würde. Man könnte sogar in der theoretischen Konstruktion noch einen Schritt weiter gehen: Da ja der Gesellschaft das Handeln ihres Organmitgliedes zugerechnet wird, es quasi ihr Handeln ist, muss sie notwendigerweise auch damit einverstanden gewesen sein. Damit würde die Gesellschaft aber jede Klagemöglichkeit gegen das schuldhafte Organmitglied verlieren[30]. Ihrer Klage könnte der Einwand des Rechtsmissbrauchs (venire contra factum proprium) entgegengehalten werden. Diese theoretisch mögliche Konstruktion führt nun aber offensichtlich zu einem unhaltbaren Resultat, das dem klaren Zweck des Gesetzes widerspricht. Mit der Verantwortlichkeitsklage soll ja gerade die Gesellschaft vor Schädigungen durch die Organmitglieder bzw. Gründer geschützt werden.

29 So K. Bättig, Die Verantwortlichkeit der Kontrollstelle im Aktienrecht, Diss. St.Gallen 1976, S. 130.

30 Zellweger 79.

Bei genauerem Hinsehen zeigt sich denn auch, dass die vorhin aufgezeigte Konstruktion bereits von einer falschen Grundlage ausgeht. Es ist zwar Portmann[31] zuzustimmen, dass sich die Gesellschaft das Verhalten ihrer Organmitglieder in einem Haftpflichtprozess (Art. 41 OR) gegen einen Dritten (d.h. im Aussenverhältnis) gestützt auf Art. 44 Abs. 1 OR in Verbindung mit Art. 55 Abs. 2 ZGB als Selbstverschulden anrechnen lassen muss[32]. Doch kann diese Aussage nicht tel quel auf den Verantwortlichkeitsprozess zwischen Gesellschaft und Organmitglied bzw. Gründer (Art. 753 f. OR) übertragen werden. Im Innenverhältnis, d.h. im Verhältnis zwischen Gesellschaft und Gründern bzw. Organmitgliedern kann deren Verhalten der Gesellschaft nicht zugerechnet werden. Art. 55 Abs. 2 ZGB kommt im Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsbestimmungen nicht zur Anwendung, weder direkt gegenüber den Organmitgliedern, noch indirekt gegenüber den Gründern[33].

Ebenso wie der direkt Belangte gegenüber der Gesellschaft "Dritter" ist, müssen die weiteren Verantwortlichen im Verhältnis zur klagenden Gesellschaft als "Dritte" angesehen werden. Hier manifestiert sich klar die tatsächliche Trennung zwischen den Gründern bzw. Organmitgliedern und der von diesen unabhängigen Gesellschaft als einer selbständigen Rechtspersönlichkeit.

Hat man diese Trennung zwischen Gründer und Gesellschaft im erwähnten Sinne erkannt, so muss konsequenterweise auch die Scheineinzahlung von Aktien eines einzelnen Gründers (und nachmaligen Organmitgliedes) als Täuschung der Gesellschaft angesehen werden. Es kann deshalb Jäggi[34] nicht beigepflichtet werden, dass der unrichtige Eintrag als Schadensursache ausser Betracht falle, weil die Gesellschaft durch ihn nicht getäuscht werde. Die Scheineinzahlung bestehe ja gerade darin, dass Personen, die nach der Gründung der Verwaltung angehörten, schon vorher darüber im klaren seien, dass die einzutragende Liberierung nur vorgetäuscht werden sollte. Dieses Wissen sei der Gesellschaft anzurechnen. Diese Auffassung verkennt den Unterschied zwischen einer täuschenden Handlung eines Gründers nach aussen, die der Gesellschaft u.U. zugerechnet wird[35], und einer täuschenden Handlung eines Gründers gegenüber der Gesellschaft selber[36].

Hat sich nun gezeigt, dass das mitwirkende Verschulden der weiteren Gründer bzw. Organmitglieder der AG im Innenverhältnis nicht zugerechnet

31 Portmann 141, auf den sich Bättig für seine Ansicht beruft.
32 Siehe auch Oftinger I 164.
33 Siehe aber BGE 90 II 496; 86 III 159.
34 Jäggi, Die Scheineinzahlung von Aktien, in SJZ 48 (1952) 303 im Anschluss an Wehrli, Die Sachübernahmegründung der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1940, S. 120.
35 Siehe Art. 645 OR.
36 Siehe dazu auch Bürgi Art. 753/54 N. 10.

werden kann, so kann in einer Auseinandersetzung zwischen der Gesellschaft und einem Gründer oder Organmitglied das schuldhafte Verhalten irgendeines Mitgründers oder weiteren Organmitgliedes nie ein Selbstverschulden der Gesellschaft darstellen.

Zu diesem Resultat führt m.E. aber schon die logisch konsequente Anwendung von Art. 759 OR. Danach haftet bekanntlich ein Gründer bzw. ein Organmitglied bei Verschulden grundsätzlich für den ganzen Betrag solidarisch mit seinem schuldhaften Mitgründer bzw. Organmitglied. Dieses Verschulden kann nun aber nicht einerseits eine persönliche Haftung auf den ganzen Betrag begründen und andererseits gleichzeitig, da als Selbstverschulden der juristischen Person zurechenbar, den Schadenersatz aller Solidarschuldner im Aussenverhältnis wieder vermindern. Entweder ist sein Verhalten als schuldhaft zu qualifizieren, was seine solidarische Haftung auf den ganzen Betrag bewirkt, oder es ist eben nicht schuldhaft, was ihn von jeder Haftung befreit. Wenn nach h.M. das Selbstverschulden auch kein Verschulden im eigentlichen Sinn ist[37], so könnte das Verhalten eines Gründers bzw. Organmitgliedes trotzdem nicht als Selbstverschulden der juristischen Person bezeichnet werden, ohne dass es nicht gleichzeitig als sein persönliches Verschulden qualifiziert werden müsste. Es gibt kein (Organ)-Verschulden "minderer Intensität", das als Selbstverschulden im erwähnten Sinne zurechenbar wäre, nicht aber ausreichen würde, um die persönliche Haftung (auf den ganzen Betrag) zu begründen.

Zusammenfassend muss somit festgehalten werden, dass das mitwirkende schuldhafte Verhalten eines Gründers bzw. Organmitgliedes[38] auf keinen Fall der Gesellschaft als Selbstverschulden angerechnet werden kann. Dieses Verhalten führt einzig und alleine zu seiner persönlichen Haftung. Wer, wie im oben erwähnten Fall das Kantonsgericht[39], das schuldhafte Verhalten der übrigen Gründer oder Organmitglieder als Selbstverschulden der juristischen Person bezeichnet, verkennt den Anwendungsbereich von Art. 55 ZGB und verstösst direkt gegen die Solidaritätsbestimmung von Art. 759 OR[40,41].

37 Oftinger I 158 ff.

38 das, wie wir gesehen haben (S. 129 ff.) in einem blossen Wissen von den Verfehlungen eines Kollegen bestehen kann.

39 Siehe vorne S. 135.

40 Da im erwähnten Entscheid (BGE 90 II 490) die Klägerin (Gesellschaft) keine Berufung eingelegt hatte, konnte sich das BGer, mit einem Hinweis auf Art. 759 OR, damit begnügen festzustellen, dass die Vorinstanz mit der Herabsetzung der Forderung auf Fr. 18 000.– wegen des Verschuldens der übrigen Gründer, den Rahmen des ihr zustehenden Ermessens nicht überschritten habe (S. 498). Was die Verantwortlichkeit aus Geschäftsführung anbetrifft, äusserte sich die höchste Instanz dagegen wie folgt (S. 501): "Faute de recours de la part de la société, on peut se dispenser d'examiner si une diminution des dommage-intérêts se justifiait même, puisque D. répondait avec les autres administrateurs solidairement de l'entier du préjudice (art. 759 al. 1 CO)." Diese Bemerkung lässt m.E. erkennen, dass das BGer die Ansicht der Vorinstanz nicht vorbehaltlos teilt, sondern

IV. "volenti non fit iniuria" der Gesellschaft?

Abschliessend stellt sich noch die Frage, ob im Extremfalle, wenn alle Organmitglieder bzw. Gründer bei einer unerlaubten Handlung gegenüber der Gesellschaft direkt mitgewirkt oder davon gewusst haben, die Gesellschaft nicht ihr Klagerecht gegen die Organmitglieder bzw. Gründer gänzlich verliert, wegen des anerkannten Grundsatzes volenti non fit iniuria.

1. Die Organmitglieder sind bekanntlich berufen, dem Willen der AG Ausdruck zu geben (Art. 55 ZGB/Art. 718 OR). Ein Organmitglied ist demzufolge auch grundsätzlich in der Lage, für die AG verbindlich in eine schädigende, ihr Vermögen vermindernde Handlung (gegenüber Dritten) einzuwilligen. Weder diese von einem noch von allen Organmitgliedern gemeinsam vorgenommene oder geduldete Einwilligung (im Aussenverhältnis) kann nun aber gleichzeitig der AG als solcher zugerechnet werden, mit der Folge, dass auch die AG selbst (im Innenverhältnis) in diese Schädigung eingewilligt hätte. Die Quasi-Gleichsetzung von Verwaltungsrat und Gesellschaft in dem Sinne, dass das Wissen und Wollen der Verwaltungsratsmitglieder der Gesellschaft zugerechnet werden muss, ist einzig und alleine als Ausdruck der vom Gesetz vorgesehenen Handlungsfähigkeit der juristischen Person relevant. Im Innenverhältnis dagegen hat eine solche Zurechnung keine Berechtigung.

Hier muss wie erwähnt klar zwischen den Organmitgliedern und der Gesellschaft als solcher unterschieden werden, ist die juristische Person doch eine von allen Organmitgliedern verschiedene unabhängige Rechtspersönlichkeit[42]. Mit der Einwilligung eines, ja aller Organmitglieder, in eine die AG schädigende Handlung, werden diese – sofern alle Voraussetzungen von Art. 754 OR erfüllt sind – vielmehr der AG persönlich verantwortlich. Die Gesellschaft selbst kann in eine schädigende Handlung ihrer Organmitglie-

schuldhaftes Verhalten von Mitgründern und weiteren Organmitgliedern nicht als Selbstverschulden der Gesellschaft aufgefasst haben will; gl.M. Bär ZBJV 106 475; a.A. Zellweger 80 N. 2; siehe nun BGE 99 II 182.

41 Auch die herrschende deutsche Meinung kommt zur Ansicht, dass sich ein Verwaltungsmitglied gegenüber der Gesellschaft nicht gemäss § 254 BGB (analog Art. 44 OR) in Verbindung mit § 31 BGB (analog Art. 55 ZGB) auf das Mitverschulden eines andern Verwaltungsmitgliedes berufen kann, Mertens in Köl.Komm. § 93 N. 47; Schilling in Grosskomm. AktG § 93 N. 19; Godin/Wilhelmi § 93 N. 23; Baumbach/Hueck § 93 N. 8; RG in JW 1920 1032; RGZ 123 222; RGZ 148 362. Die Anwendung von § 254 BGB wird auch im Bereich der Gründerverantwortlichkeit (§ 46 AktG) verneint. Mertens in Köl-.Komm. § 46 N. 24; Barz in Grosskomm. AktG § 46 N. 8; Godin/Wilhelmi Vor. § 46-49 N. 1; Baumbach/Hueck § 46 N. 4; RGZ 154 286.

42 Aus diesem Grunde ist auch eine absichtliche Täuschung der Gesellschaft durch alle Organmitglieder möglich; siehe RG in JW 1936 3111.

der letztlich nur insofern "einwilligen", als sie im Rahmen der Generalversammlung diese Handlung durch Entlastungsbeschluss genehmigt[43,44], d.h. auf Ersatzansprüche gegen die Organmitglieder endgültig verzichtet[45]. Ein von der Gesellschaft belangtes Organmitglied kann dieser die Einrede, entlastet worden zu sein, entgegenhalten[46].

2. Auch im Rahmen der Gründerverantwortlichkeit kann sich die Frage stellen, ob die Gesellschaft nicht ihr Klagerecht gegen die Gründer verliert, wenn alle bei der rechtswidrigen Gründung mitgewirkt oder davon gewusst haben.

Das Bundesgericht äusserte sich in mehreren Entscheiden zu diesem Thema. In BGE 83 II 53 gründeten H. und W. die H.-GmbH, wobei H. als Stammeinlage sein bis anhin als Einzelinhaber geführtes Geschäft gestützt auf Bilanz und Inventar einbrachte. Wie beide Gründer wussten, waren Inventar und Bilanz insofern inhaltlich unwahr, als sie das Warenlager zu hoch bewerteten und nicht alle von der Gesellschaft übernommenen Schulden aufführten. Nach einem Jahr trat H. seine Gesellschaftsanteile gegen Entgelt an W. ab. Dieser wechselte den Firmennamen in W.-GmbH. Nach einem weiteren Jahr starb W. Seine Erben traten ihre Gesellschaftsanteile unentgeltlich an Hu. ab, unter Hinweis darauf, dass die Schulden der Gesellschaft die Aktiven um Fr. 42 000.– übersteigen. Hu. änderte am gleichen Tag den Namen der Gesellschaft in C.-GmbH. Ungefähr zwei Jahre später klagte die C.-GmbH gegen H. aus Gründerhaftung.

Sowohl das Kantonsgericht als auch das BGer wiesen die Klage ab, das BGer in der Hauptsache mit folgender Begründung: Die Haftung gegenüber der Gesellschaft bestehe nicht, wenn diese mit den Handlungen und Unterlassungen, die sie den Gründern vorwerfe, aus freiem Entschluss einverstanden gewesen sei. Die GmbH könne, wie jede andere handlungsfähige juristische oder natürliche Person, in eine Minderung ihres Vermögens, oder in das Ausbleiben einer Vermögensvermehrung einwilligen. Insbeson-

43 Nach h.M. werden von einer Entlastung ausschliesslich die Geschäfte gedeckt, auf welche sich die Willenserklärung der Generalversammlung positiv nachweisbar beziehen konnte. So erstreckt sich die Entlastung nicht auf Geschäfte, von denen die Generalversammlung nichts wusste und auch keine Kenntnis haben konnte. Bürgi Art. 698 N. 99; F. v.Steiger SAG 15 4; Meier-Wehrli 125; BGE 34 II 502.

44 Bürgi Art. 698 N. 80: "Es steht der Generalversammlung überdies selbstverständlich auch frei, auf einen bestehenden und ihr bekannten Schadenersatzanspruch durch Erteilung der Décharge ausdrücklich zu verzichten." Zellweger 31 N. 2.

45 Über die rechtliche Natur der Entlastung herrscht heute Einigkeit, wird sie doch allgemein als negatives Schuldanerkenntnis aufgefasst. Statt vieler, v.Tuhr/Siegwart II § 76 S. 622; Bürgi Art. 698 N. 78; F. v.Steiger SAG 15 3; BGE 90 II 495 f.

46 Zur Klage des Aktionärs siehe Art. 757 OR. Das Klagerecht der Gläubiger wird durch die Entlastung nicht berührt.

dere verbiete ihr das Gesetz nicht, auf Anrechnung an ihr Stammkapital Sacheinlagen anzunehmen, von denen sie wisse, dass sie den ihnen durch die Statuten, die Gründungsurkunde und den Übernahmevertrag beigemessenen Wert nicht haben. Wer, ohne durch Irrtum, Täuschung oder Furcht beeinflusst zu sein, einer Handlung zustimme, deren Auswirkung auf sein Vermögen ihm in jeder Beziehung bekannt sei, erlange nach bewährter Lehre keinen Schadenersatzanspruch (volenti non fit iniuria). In dieser Lage befinde sich die Klägerin. Sie habe notwendigerweise das gleiche gewusst und gewollt wie ihre zwei einzigen Gesellschafter H. und W., die zusammen ihr oberstes Organ gewesen seien (Art. 808 Abs. 1 OR) und gemeinsam ihre Geschäfte geführt hätten (Art. 911 Abs. 1 OR)[47].

Diese auf den ersten Blick logische Argumentation blieb nicht ohne Kritik[48]. Die Argumentation des Bundesgerichtes hält denn auch einer genaueren Überprüfung nicht stand. Dem "Leitsatz" dieses Entscheides: "Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung kann aus Tatsachen, die allen Gründern bei der Gründung bekannt waren, keinen Schadenersatz gegen die Gründer ableiten", kann in dieser allgemeinen Formulierung nicht beigepflichtet werden[49]. Auch wenn man berücksichtigt, dass die AG im Gründungsstadium weitgehend mit der eingetragenen AG identisch ist und die Gründer somit im grossen und ganzen die Position der Organmitglieder in der eingetragenen Gesellschaft innehaben[50], so kann das Wissen und Wollen der Gründer in einer Auseinandersetzung mit der Gesellschaft nicht als deren Wissen und Wollen direkt zugerechnet werden[51]. Das Bundesgericht geht m.E. von einer falsch verstandenen, letztlich wohl aus der Organtheorie hergeleiteten Identifikation zwischen Gründern und Gesellschaft aus. Es übersieht, dass die GmbH – wie jede juristische Person – primär eine eigene selbständige Rechtspersönlichkeit und insofern unabhängig von ihren Gründern (und nachmaligen Verwaltungsräten) ist. Ebenso wie der schuldhafte Gründer in einem von der Gesellschaft gegen ihn geführten Verantwortlich-

47 Bestätigt in BGE 83 II 65; 86 III 154; 90 II 490; 102 II 253; im Anschluss an das BGer, Bürgi Art. 753/54 N. 84; Zellweger 78; Hirsch Sem. jud. 89 265; Remigius Küchler, Die Aktiengesellschaft im Gründungsstadium, in Lebendiges Aktienrecht, Festgabe für W.F. Bürgi, Zürich 1971, S. 239.

48 Bär ZBJV 106 475 N. 57; Peter Nobel, Aktienrechtliche Entscheide, Praxis zum schweizerischen Aktienrecht, Bern 1976, S. 194 (zu BGE 83 III 154), S. 18 (zu BGE 90 II 490).

49 Der Kreis der "Gründer" nach Art. 753 OR wird nach h.M. z.B. sehr weit gefasst. So ist auch derjenige, der kurz vor der Gründung dem Hauptinitianten eine Summe unter kurzfristigen Rückzahlungsbedingungen übergibt und weiss, dass sie zur Aktienliberierung verwendet wird, als Gründer zu bezeichnen (BGE 76 II 314); siehe Bürgi Art. 753/54 N. 109 ff.

50 Siegwart Vor. Art. 629 N. 40, 49; dazu ausführlich, Küchler (zit. N. 47) 229 ff.

51 gl.M. Rüegg, Die Haftung der Gründer von Aktiengesellschaften nach deutschem und insbesondere schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1914, S. 29.

keitsprozess als Dritter angesehen werden muss, der weder aus seinem eigenen Verhalten[52] noch aus dem Verhalten seiner Mitgründer im Sinne eines Selbstverschuldens der Gesellschaft etwas für sich herleiten kann[53], müssen konsequenterweise auch in einem Falle, bei dem alle Gründer mindestens vom schädigenden Verhalten eines Gründers Kenntnis hatten, diese als Dritte angesehen werden[54].

Die zu gründende Gesellschaft kann in eine von allen Gründern gegen sie verübte schädigende Handlung auch nicht anhand dieser selben Gründer einwilligen. Die Gesellschaft vermag ihren Anspruch gegen alle Gründer nur zu verlieren, wenn sie analog zum Déchargebeschluss der Generalversammlung bei der eingetragenen Gesellschaft, durch Genehmigung der Statuten in der Gründerversammlung (Simultangründung, Art. 638 OR) bzw. durch Entlastung in der konstituierenden Generalversammlung (Sukzessivgründung, Art. 634 OR) auf ihre Schadenersatzansprüche ausdrücklich oder stillschweigend verzichtet[55].

Die hier vertretene Auffassung wird in der Praxis in den meisten Fällen zum selben Resultat führen, wie die bundesgerichtliche Interpretation, nämlich zur Verneinung des Klagerechtes der Gesellschaft[56]. Es geht jedoch darum, klar zu unterscheiden, ob das Wissen der Gründer direkt der Gesellschaft angerechnet wird, nach dem Grundsatz: Das Wissen der Gründer ist das Wissen der juristischen Person, oder ob die Gesellschaft im dazu vorgesehenen Organ, der Generalversammlung (Gründerversammlung) auf jegliche Verantwortlichkeitsansprüche gegenüber den Gründern verzichtet. Im letzteren Fall können sich immerhin noch die Fragen stellen, ob in einer Gründerversammlung, in der alle Aktionäre mit den Gründern identisch sind, überhaupt ein gültiger Entlastungsbeschluss gefasst werden kann, der der Klage der Gesellschaft entgegengehalten werden kann[57], oder ob ein Entlastungsbeschluss in der Gründerversammlung, bei dem z.B. alle Aktionäre von der Scheineinzahlung der Aktien oder der unrichtigen Bewertung einer Sacheinlage wussten, nicht als unsittlicher und damit nichtiger Beschluss angesehen werden muss, da dieser den Interessen der Gesellschaft als solcher entgegensteht[58].

52 Siehe vorne S. 135 f.

53 Siehe vorne S. 133 f.

54 Bär ZBJV 106 475; siehe auch vorne N. 42.

55 Rüegg (zit. N. 51) 30; siehe auch Hotz 200 ff.; Wildi 152 ff.

56 Die Gründer-Aktionäre werden ja zweifellos die Décharge erteilen.

57 Die h.M. betrachtet eine Entlastung, bei der alle Aktionäre zugleich in der Verwaltung sind als unwirklich. Demnach kann in derartigen Fällen gar keine gültige Décharge zustandekommen. Bürgi Art. 695 N. 18; Siegwart Art. 625 N. 5; F. v.Steiger SAG 14 171; Meier-Wehrli 119 f.; OG des Kantons Zürich in ZR 60 Nr. 98 S. 221.

58 Zur Nichtigkeit der Generalversammlungsbeschlüsse im allgemeinen, Bürgi Art. 706 N. 8 ff.; zur Nichtigkeit von Entlastungsbeschlüssen, Meier-Wehrli 131 f. mit Zitaten. Siehe auch § 241 AktG.

V. Der Beginn der Verjährungsfrist (Art. 760 OR), wenn die Gesellschaft Geschädigte ist

Gemäss Art. 760 OR verjährt der Anspruch auf Schadenersatz gegen die verantwortlichen Gründer bzw. Organmitglieder in fünf Jahren von dem Tage an, an dem der Geschädigte Kenntnis vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen erlangt hat. Soweit die Gesellschaft als Geschädigte auftritt, kommt es in Bezug auf die Kenntnis des Schadens und der Person des Ersatzpflichtigen grundsätzlich auf die Kenntnis der Organmitglieder an[59].

Die Kenntnis jenes Organmitgliedes, welches selber Täter der unerlaubten Handlung ist, kann jedoch für die juristische Person nicht relevant sein[60]. Der Widerstreit der Interessen des ungetreuen Organmitgliedes, die auf Verdeckung seiner schädigenden Handlungen gehen, zu den Interessen der AG an der Leistung von entsprechendem Schadenersatz, macht es unmöglich, die Kenntnis dieses Organmitgliedes als ihre eigene zuzurechnen. Für die Gesellschaft beginnt die Verjährungsfrist somit erst dann zu laufen, wenn ein anderes Organmitglied Kenntnis vom Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen hat.

Von diesem Grundsatz muss jedoch eine Ausnahme gemacht werden, wenn mehrere Organmitglieder in bewusstem Zusammenwirken die Gesellschaft schädigen. In einem solchen Falle ist die Kenntnis des einen Organmitgliedes (Mittäters) vom Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen für die Verjährung des Anspruches der Gesellschaft aus dem erwähnten Interessengegensatz ebenfalls nicht relevant. Nur wenn ein Organmitglied, das nicht als eigentlicher Mittäter angesehen werden muss, die in diesem Zusammenhang rechtlich relevante Kenntnis erlangt, beginnt die Verjährungsfrist für die Gesellschaft zu laufen[61,62]. Interveniert nun aber ein solches, an der unerlaubten Handlung in keiner Weise beteiligtes Organmitglied nicht, und verjährt deshalb der Anspruch der Gesellschaft, so wird dieses untätige Organmitglied seinerseits für den entstehenden Schaden aus Art. 754 OR verantwortlich[63].

59 Siehe vorne S. 56 f.

60 Ebenso Wildi für den Gründer/Verwaltungsrat.

61 Schädigen der einzige Verwaltungsrat und Geschäftsführer bzw. alle Organmitglieder gemeinsam die Gesellschaft, so kann die Verjährungsfrist auf keinen Fall zu laufen beginnen, bis ein neuer Wissensträger (Organvertreter) bestellt ist. BGer in JdT 1941 253; Siegwart Art. 625 N. 24. Die Kenntnis der GV ist für die juristische Person in diesem Zusammenhang nicht relevant; a.A. Wildi 146; siehe auch Becker Art. 60 N. 6.
Auch bei der Klage der AG gegen die Gründer kommt es bezüglich der Verjährungsfrist auf die Kenntnis der Organmitglieder und nicht der GV an; so BGer in Sem. jud. 58 394.

62 Für das deutsche Recht: RG in JW 1936 3111; RG in Seuff. Arch. 92 Nr. 3.

63 Siehe Note von P. Carry in Sem. jud. 58 397 f.

Lebenslauf

Ich wurde am 5. Mai 1948 in Zürich geboren. Hier besuchte ich die Primarschule und das kantonale Literargymnasium. Die Matura (Typus B) bestand ich im Herbst 1967. Anschliessend immatrikulierte ich mich an der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. Am 10. Juli 1971 promovierte ich zum Lizenziaten beider Rechte. Nach einem halbjährigen Aufenthalt in den USA arbeitete ich zwei Jahre ganztags in der von mir gegründeten Importfirma. Anschliessend wandte ich mich der Ausarbeitung der vorliegenden Dissertation zu. Diese Tätigkeit wurde durch ein sechzehnmonatiges Praktikum am Bezirksgericht Hinwil unterbrochen. Am 13. Dezember 1978 promovierte ich zum Doktor der Rechtswissenschaft.